Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Zehnten Theils erste Abtheilung.

Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm.

1808.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Lib. VIII. Tit. I.

De ſervitutibus

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

§. 659.

Weſentlicher Character der dinglichen Servituten und Unterſchied derſelben von Zwangs- oder Banngerechtigkeiten.

Das achte Buch der Pandecten handelt blos von Prädial-Servituten [1]). Nicht nur die Ordnung und Folge der Bücher und Titel lehrt dies unwiderſprechlich, ſondern es iſt auch bekannt, daß die Real-Servituten ſchlechthin und vorzugsweiſe durch den Namen *ſervitutes* bezeichnet werden [2]). Daher können die Geſetze dieſes Titels, ſeiner generellen Ueberſchrift ungeachtet, nur von dinglichen Dienſtbarkeiten erklärt werden [3]). Das Weſen

1) Außer den ſchon an einem andern Orte (9. Th. S. 2.) angeführten Schriften eines *Janus a* COSTA, *Em.* MERILLIUS, und Zachariä ſind in dieſer Rechtslehre noch folgende anzuführen. *Barth.* CAEPOLLA de Servitutibus praedior. ruſticor. et urbanor. *Coloniae 1666.* 4. *Herc. Franc.* DANDINI Interpretationes de servitutibus praediorum. *Veronae 1741.* 4. C. E. Münter von den Servituten nach dem reinen Sinn der Geſetzgebung. 1. Th. von den Prädial-Servituten. Hannover 1806. 8.

2) S. *Io.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 1.

3) Z. B. *L. 4. L. 8. 15. u. 18. h. t.* S. *Gottl.* HUFELAND Diſſ. de legum in Pandectis interpretandarum ſubſidio ex earum nexu et conſecutione petendo. §. 2.

Wesen einer dinglichen Servitut, von welcher der Begriff schon an einem andern Orte (§. 621.) gegeben worden ist, besteht nun darin, daß das Grundstück des Einen dem Grundstücke eines Andern dient, und zwar dergestalt, daß die Substanz des einen Grundstücks selbst für das andere Grundstück Nutzen und Vortheil gewährt, ohne daß die jedesmalige Gewährung desselben von positiven Handlungen des Besitzers abhängig ist [4]). Nicht nur Paulus druckt diesen wesentlichen Character deutlich genug aus, wenn er *L.* 12. *D. Commun. praedior.* sagt: Cum *fundus fundo servit*, vendito quoque fundo, servitutes sequuntur. Aedificia quoque fundis, et fundi aedificiis eadem conditione serviunt; sondern auch schon das natürliche Verhältniß, in welchem Grundstücke vermöge ihrer Lage zu einander stehen, lehrt es, daß dingliche Servituten ihren Entstehungsgrund in einem gewissen nachbarlichen oder Lokal-Verhältniß zweyer Grundstücke haben, in einem gewissen Bedürfniß des einen, die Dienstbarkeit von dem andern zu erlangen, und in einer von Natur paßlichen Lage oder Beschaffenheit des letztern, zum Nutzen und Vortheil des ersten etwas zu leiden oder nicht zu thun. Dingliche Servituten setzen also

I. ihrem Wesen nach zwey Grundstücke voraus, ein herrschendes, praedium *dominans*, und ein dienendes,

4) Die französische Definition von Servitut, worunter auch im eigentlichen Sinn nur eine dingliche Dienstbarkeit verstanden wird, welche im *Code Napoleon* Art. 637. vorkommt, wo es heißt: Une *Servitude* est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un heritage appartenant à un autre propriétaire, drückt das Wesen der Real-Servitut sehr pünctlich aus.

des, praedium *serviens* [5]), welche sich, wie das Subject und Object des Rechts, zu einander verhalten [6]).

II. Sie gehen sowohl active, in Absicht der dem herrschenden Grundstück anklebenden Gerechtigkeit, als passive, in Absicht der auf dem dienenden praedio haftenden Beläſtigung, auf jeden Besitzer über [7]), selbst alsdann, wenn das eine oder andere Grundstück vom Staate eingezogen wird: quia cum sua causa quisque fundus publicaretur, wie **Paulus** sagt, *L.* 23. §. 2. *D. de servitutib. praedior. rusticor.*

III. Da bey einer Realservitut das praedium dominans Subject des Rechts ist, so steht sie nicht bloß der Oberfläche desselben, sondern dem Grundstück selbst zu [8]). Hieraus folgt, daß wenn auch das alte Gebäude

5) In den Gesetzen kommt zwar die Benennung *praedium* s. *fundus serviens* öfters vor, aber nicht der Ausdruck *praedium dominans*, so allgemein üblich auch jetzt bey den Rechtsgelehrten diese Benennung ist. Die Gesetze sagen: *fundus, cui servitus debetur*, oder *praedium, cui servitur. L.* 23. §. 2. *D. de servitut. praedior. rustic. L.* 140. §. 2. *D. de Verbor. obligat.* Statt praedium serviens kommt auch das Wort *servum* vor. *L.* 8. §. 1. *D. de action. emti vend.* Ferner *fundus servus. L.* 20. §. 1. *D. de acquir. rer. dom.* Desgleichen *aedes servae. L.* 6. §. 3. *D. Commun. praedior.*

6) Wenn **Ulpian** *L.* 1. *pr. D. de condict. tritic.* von einer *Servitus utrorumque praediorum* redet, so geht das *utrorumque* nicht auf das praedium dominans und serviens, sondern auf praedium urbanum et rusticum. S. KONOPAK Institutionen des Röm. Rechts §. 271. not. f.

7) *L.* 12. *D. Commun. praedior. L.* 3. *Cod. de servitutib.*

8) *L.* 13. *pr. D. de servitutib. praedior. rustic.* Daher wird *L.* 31. §. *ult. D. de negot. gest.* gesagt: Sententia *praedio* datur, wodurch über eine dem Grundstück zustehende Servitut entschieden worden ist.

niedergerissen, und ein neues an dessen Stelle aufgerichtet wird, das neue immer die Rechte desjenigen behält, an dessen Stelle es getreten ist [9]). Auf gleiche Weise haftet aber auch

IV. eine Real-Servitut nicht blos auf der Oberfläche des dienenden Gutes, sondern auf dem Grund und Boden selbst [10]). Man folgerte diesen Satz aus dem Begriff derselben, vermöge welchen bey einer dinglichen Servitut immer ein Grundstück Object des Rechts ist. Daher muß das dienstbare Haus, wenn es einfällt und wieder aufgebauet wird, dieselben Servituten leiden, wie das vorige [11]).

V. Das Recht, welches einem Grundstück vermöge einer Servitut zusteht, erstreckt sich eben so auf alle Theile desselben [12]); als die Last, welche das dienstbare Gut deswegen leiden muß, auf allen Theilen desselben haftet, insofern nicht die Ausübung derselben auf einen bestimmten Theil stillschweigend oder ausdrücklich eingeschränkt worden ist [13]). Wenn daher das praedium dominans theilweise verkauft wird, oder mehrere sich darin theilen, so ist jeder zur Ausübung der ganzen Servitut berechtiget [14]); und wenn

9) Zachariä wissenschaftl. Entwickel. der Lehre von dinglichen Servituten. §. 4.

10) *L. 14. D. Quemadm. servitut. amitt.*

11) *L. 11. pr. D. de servitut. praedior. urbanor.*

12) *L. 23. §. 3. D. de Servitut. praedior. rusticor.*

13) *L. 9. D. de Servitut. L. 13. §. 1. L. 21. L. 22. L. 23. §. 3. D. de servitut. praedior. rusticor.*

14) *L. 23. §. 3. D. de servit. praed. rustic.* Quaecunque Servitus fundo debetur, *omnibus eius partibus debetur.* Et ideo, quam-

wenn das dienstbare Gut an mehrere Besitzer kommt, so muß jeder die Servitut leiden [15]). Bey Prädial-Servituten findet daher Recht und Verbindlichkeit in solidum Statt [16]).

VI. Das Recht, welches das herrschende Grundstück durch eine Servitut erwirbt, muß immer ein solches seyn, welches dem Grundstück selbst entweder zum bleibenden Vortheil gereicht, oder demselben eine bleibende Annehmlichkeit verschaft, gesetzt auch, daß sie nicht gerade diesem oder jenem Besitzer den Nutzen oder das Vergnügen gewähren sollte, weswegen die Servitut constituirt ist [17]). Gewinnt das Grundstück selbst dabey nichts, sondern gereicht sie blos der Person des jetzigen Besitzers zum Vergnügen und Zeitvertreib, so ist dies keine Real-Servitut, sondern eine bloße Personal-Vergünstigung [18]). Es muß aber auch

quamvis particulatim venierit, omnes partes servitus sequitur: ita ut singuli recte agant, *jus sibi esse fundi.* Statt *fundi* lieset die Vulgata *eundi.* Es läßt sich aber die Florentinische Lesart sehr wohl erklären: nämlich ius fundi ist so viel als *ius servitutis.* S. WESTPHAL de libert. et servitutib. praedior. §. 588. not. 521. lit. b. Adde *L.* 25. *D. eod.* Si partem fundi mei certam tibi vendidero, aquaeductus ius, etiamsi alterius partis causa plerumque ducatur, te quoque sequetur.

15) *L.* 140. §. 2 *in fin. D. de Verb. obligat. L.* 6. *D. Quemadm. servitut. amitt.* Quoniam unum atque eod. modo individuum viae ius est.

16) *L.* 17. *D. de Servitut. L.* 25. §. 9. *D. fam. erciſc. L.* 7. *D. de servit. leg. L.* 2. §. 1. *L.* 72. *pr. D. de Verb. Oblig.*

17) *L.* 19. *D. h. t. L.* 3. *pr. D. de aqua quot.* S. des 9. Th. 1. Abth. §. 620. Nr. 5. und §. 621. Nr. 2.

18) *L.* 8. *D. h. t.* S. den 9. Th. S. 13. und *Ian. a* COSTA Praelectiones ad illustr. quosd. Titulos iuris civ. p. 37.

VII. der aus der Servitut zu erwartende und zu gewährende Vortheil dem dienenden Grundstück selbst inhäriren, und in der Beschaffenheit oder Lage des Guts gegründet seyn. Denn wenn die jedesmalige Gewährung des aus der Servitut entspringenden Vortheils von positiven Handlungen oder Prästationen des Besitzers des dienenden Gutes abhängig wäre, wenn dieser Nutzen nicht vielmehr aus der Beschaffenheit oder Lage des Guts von selbst folgte, so würde dies zwar eine, höchstens auf die Erben des Verpflichteten sich mit erstreckende, obligatio, aber keine auf den successor singularis übergehende Prädial-Servitut seyn [19]). Es liegt daher

VIII. schon in der Natur der Sache, und ist auch in der Römischen Rechtstheorie, als eine practisch wichtige Wahrheit, gegründet, daß keine Servitut in faciendo, sondern nur in Restrictionen der Eigenthumsrechte des domini praedii servientis bestehen könne [20]).

So richtig und philosophisch consequent auch alle diese Sätze sind, so fehlt es dennoch nicht an Rechtsgelehrten, welche sie ohne weiteres für lauter überflüssige Subtilitäten des Römischen Rechts erklären, auf die heut zu Tage in den Gerichten nicht die mindeste Rücksicht zu nehmen sey. Es

19) S. den 9. Theil S. 6.

20) *L. 15. §. 1. D. h. t.* Servitutum non ea natura est, *ut aliquid faciat quis*, (veluti viridia tollat, aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc, ut in suo pingat): *sed ut aliquid patiatur, aut non faciat.* C. *Aegid.* MENAGII Amoenitat. iuris civ. Cap. 29. *Io. Guil.* HOFFMANN Meletem. ad Pand. Disput. IX. §. 1. und *Christ. Henr.* BREUNING Specim. cont. caput iuris controversum de servitute in faciendo ad philosophiam Pomponii in L. 15. D. de Servitut. *Lipsiae 1768.*

Es ist zu bedauern, daß unter diesen Tadlern einer römischen Rechtslehre, die von den größten Rechtsgelehrten von jeher als ein Meisterstück des juristischen und philosophischen Geistes der Römer bewundert worden ist, sich Männer von Ansehen und bedeutendem practischen Gewicht befinden [21]), welche durch eine solche Sprache, die vielleicht von tausend Zungen nachgelallt, und blindlings angewendet worden ist, unserer Rechtswissenschaft gewiß keinen geringen Nachtheil zugefügt haben. Ein Beyspiel davon giebt die irrige Vorstellung, die man sich von den teutschen Zwangsgerechtigkeiten und sogenannten Bannrechten macht, wenn man sie für servitutes in faciendo consistentes hält; und den Grundsatz aufgestellt hat, daß nach teutschen Rechten eine Servitut in faciendo bestehen könne [22]). In der That darf man sich aber nur einen richtigen Begriff von den teutschen Zwangs-Gerechtigkeiten machen, um sich zu überzeugen, wie sehr man dabey das eigentliche Wesen der dinglichen Servituten aus den Augen verlohren habe, wenn man jene mit diesen in eine Classe setzt [23]).

21) Man vergleiche z. B. eines verdienstvollen LEYSERS Medit. ad Pandect. Vol. II. Specim. CVII. meditat. I. und Vol. VI. Specim. CCCLXXXV. pag. 909.

22) S. *Ephr.* GERHARD diss. de servitutibus in faciendo consistentibus. *Ienae 1710.* *Gottl. Gerh.* TITIUS de servitute faciendi. *Lipsiae 1710.* Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 274. Gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle von Gmelin und Elsässer. 4. Band §. 172. S. 251. f. und Carl Ge. von Zangen Beyträge zum teutschen Rechte. Giessen 1788. S. 250.

23) Man sehe hier vorzüglich Ad. Diet. Webers Versuche über das Civilrecht, und dessen Anwendung Nr. I. §. 7. S. 33.

Man versteht unter einer Zwangs-Gerechtigkeit die gewissen physischen oder moralischen Personen zustehende, oder mit dem Besitz eines Grundstücks verbundene Befugniß, den ihr unterworfenen Personen die Anschaffung oder Zubereitung gewisser Bedürfnisse bey jedem Andern, als dem Berechtigten, zu untersagen. Steht diese Befugniß dem Berechtigten gegen alle Einwohner eines gewissen Districts oder gegen gewisse Classen derselben zu, so wird sie ein Bannrecht genennt [24]). Es giebt in Teutschland viele besondere Arten solcher Bann- und Zwangsrechte, unter denen der Brau- und Bierzwang, der Mühlenzwang, die Zwangsbackofen-Gerechtigkeit, die Zwangschenken-Gerechtigkeit, und das Recht des

33. f. und Carl Gebhardt über den Unterschied zwischen Servituten und Zwangs- und Bann-Gerechtigkeiten. Leipzig 1807. 8.

24) Der Begriff, den einige geben, welche unter Bannrechten diejenige Art von Dienstbarkeiten verstehen, vermöge welcher Jemand die Besitzer gewisser Güter oder Einwohner eines Orts zu Etwas zu zwingen befugt ist, was dieselben nach der natürlichen Freyheit zu thun nicht schuldig sind, (man s. Runde a. a. O. §. 275. und Theod. Hagemanns Handbuch des Landwirthschaftsrechtes §. 155.) scheint mir nicht richtig zu seyn. Der Bannberechtigte hat zwar ein ius prohibendi, aber keinesweges ein ius cogendi. Wem z. B. der Bierzwang zusteht, kann die Bannpflichtigen nicht nöthigen, durchaus bey ihm Bier zu kaufen, er kann sie blos abhalten, daß sie kein Bier bey Andern kaufen. Einen richtigern Begriff giebt Ge. Ludw. Böhmer in den auserlesenen Rechtsfällen 3. Band Nr. 236. S. 559. und das Allgemeine Landrecht für die Preuß. Staaten 1. Th. Tit. 23. §. 2—4.

des Salzzwanges die gewöhnlichsten sind [25]). Wollte man diese Zwangsgerechtigkeiten, insofern sie eine Einschränkung der natürlichen Freyheit enthalten, wirklich für Servituten halten, so würden sie eher für negative Servituten, als für solche zu halten seyn, welche in faciendo bestehen, weil sie blos in einem iure prohibendi bestehen [26]). Allein der Unterschied zwischen diesen und den Prädial-Servituten leuchtet zu sehr in die Augen, als daß man sie auf irgend eine Art zu den letztern rechnen könnte. Denn so beruhen

1) die Prädial-Servituten eigentlich auf einem paßlich-nachbarschaftlichen Verhältnisse zweyer Grundstücke. Es kann hier folglich nur von solchen Vortheilen die Rede seyn, die aus der Lage und Beschaffenheit der Grundstücke an sich herfließen, wie der Grundsatz: praedium praedio servit, andeutet. Zwangs- und Bann-Gerechtigkeiten hingegen beruhen auf gewissen Kunst- oder industriemäßigen Anstalten, deren Unternehmung die Veranlassung gegeben haben mag, daß Individuen oder ganze Gemeinheiten oder Districte, in Absicht auf sonst willkührliche Handlungen, an diese Kunst- oder industriemäßigen Anstalten gebunden oder gezwungen sind. Insonderheit aber unterscheiden sich

2) Zwangs- und Banngerechtigkeiten von Prädial-Servituten darin, daß sie auch nicht die geringste Einschrän-

25) Von diesen und mehreren andern Arten der Zwangs- und Bannrechte handelt vorzüglich Hagemann a. a. O. §. 156.

26) Dieser Meinung sind insonderheit *Iul. Frid.* MALBLANC in Princip. iuris Rom. P. II. §. 419. und B. W. Peiffer in den vermischten Aufsätzen über Gegenstände des teutschen und römischen Privatrechts S. 223. ff.

schränkung der Grund-Eigenthumsrechte, sondern bloß eine Einschränkung gewisser actuum merae facultatis enthalten. Der Zwangspflichtige ist blos verbunden, gewisse an sich willkührliche Handlungen, wenn er sie vornehmen will, oder die Anschaffung und Zubereitung gewisser Bedürfnisse, in sofern er sie nicht selbst zubereiten will, kann oder darf, bey einem zu diesen Geschäften und Verrichtungen local-ausschließlich Berechtigten vornehmen zu müssen.

3) Sind bey den Zwangsgerechtigkeiten die Pflichtigen nicht wegen ihrer Grundstücke, sondern blos als Einwohner eines Orts oder eines Districts dem Banne unterworfen. Daher müssen auch diejenigen die Zwangsgerechtigkeit anerkennen, die gar kein Grundeigenthum besitzen, sofern sie deshalb nicht eine besondere Exemtion für sich haben. Gesetzt aber auch, man wollte das Grundstück eines Zwangspflichtigen als das praedium serviens betrachten, so wäre es doch immer noch unbegreiflich, wie der dem praedio dominanti erwachsende Vortheil aus dem praedio serviente an sich fließen, und mit demselben in Beziehung stehen soll? Am deutlichsten ergiebt sich endlich

4) der Unterschied zwischen Bann-Gerechtigkeiten und Real-Servituten noch daraus. Bey Prädial-Servituten ist immer der daraus entstehende Vortheil lediglich auf Seiten des domini praedii dominantis, und äußert sich darin, daß der dominus praedii servientis etwas leiden muß, oder nicht thun darf. Allein bey Zwangsgerechtigkeiten tritt ein ganz anderes Verhältniß ein. Hier muß der Zwangsberechtigte gleichfalls etwas gegenseitig leisten oder geben, und kann er seinen Obliegenheiten kein Genüge leisten, so ist der Pflichtige, wenigstens für dies-

mal

mal, vom Zwange befreyt. Bey Zwangsgerechtigkeiten finden also gegenseitige Leistungen statt, und sie beruhen daher nicht sowohl auf Unterlassung des Belästigten, als vielmehr auf positiven Handlungen desselben, die ihn in gewissen actibus merae facultatis blos persönlich, nicht aber in seinen Grund-Eigenthumsrechten und Befugnissen einschränken. Dies alles führt uns nun zu dem reinen Resultate, daß beyde Rechtsinstitute auf einer so wesentlich verschiedenen Basis, und auf so entgegen gesetzten Grundsätzen beruhen, daß eine Vermischung derselben nicht nur die größten Widersprüche in der Theorie, sondern auch offenbar schwankende, willkührliche und irrige Schlüsse in der Praxis zur unvermeidlichen Folge haben muß.

§. 660.

Unterschied zwischen affirmativen und negativen Prädial-Servituten. Entstehungsarten derselben.

Prädial-Servituten bestehen also entweder in einem Leiden, oder in einem Nichtthun dürfen des Eigenthümers. Daher werden sie in affirmative und negative eingetheilt. Beyde unterscheiden sich

1) in Rücksicht der Constitution, und zwar

a) durch Vertrag darin, daß bey den affirmativen Servituten zur Erwerbung des dinglichen Rechts noch ein die Stelle der Uebergabe vertretender Act erforderlich ist, bey negativen aber nicht. Hier ist der bloße Vertrag hinreichend, wie ich schon an einem andern Orte [27]) ausführlicher gezeigt habe.

b) Durch

27) S. den 9. Th. §. 626. S. 65. f.

schränkung der Grund-Eigenthumsrechte, sondern bloß eine Einschränkung gewisser actuum merae facultatis enthalten. Der Zwangspflichtige ist blos verbunden, gewisse an sich willkührliche Handlungen, wenn er sie vornehmen will, oder die Anschaffung und Zubereitung gewisser Bedürfnisse, in sofern er sie nicht selbst zubereiten will, kann oder darf, bey einem zu diesen Geschäften und Verrichtungen local-ausschließlich Berechtigten vornehmen zu müssen.

3) Sind bey den Zwangsgerechtigkeiten die Pflichtigen nicht wegen ihrer Grundstücke, sondern blos als Einwohner eines Orts oder eines Districts dem Banne unterworfen. Daher müssen auch diejenigen die Zwangsgerechtigkeit anerkennen, die gar kein Grundeigenthum besitzen, sofern sie deshalb nicht eine besondere Exemtion für sich haben. Gesetzt aber auch, man wollte das Grundstück eines Zwangspflichtigen als das praedium serviens betrachten, so wäre es doch immer noch unbegreiflich, wie der dem praedio dominanti erwachsende Vortheil aus dem praedio serviente an sich fließen, und mit demselben in Beziehung stehen soll? Am deutlichsten ergiebt sich endlich

4) der Unterschied zwischen Bann-Gerechtigkeiten und Real-Servituten noch daraus. Bey Prädial-Servituten ist immer der daraus entstehende Vortheil lediglich auf Seiten des domini praedii dominantis, und äußert sich darin, daß der dominus praedii servientis etwas leiden muß, oder nicht thun darf. Allein bey Zwangsgerechtigkeiten tritt ein ganz anderes Verhältniß ein. Hier muß der Zwangsberechtigte gleichfalls etwas gegenseitig leisten oder geben, und kann er seinen Obliegenheiten kein Genüge leisten, so ist der Pflichtige, wenigstens für dies-

mal

mal, vom Zwange befreyt. Bey Zwangsgerechtigkeiten finden also gegenseitige Leistungen statt, und sie beruhen daher nicht sowohl auf Unterlassung des Belästigten, als vielmehr auf positiven Handlungen desselben, die ihn in gewissen actibus merae facultatis blos persönlich, nicht aber in seinen Grund-Eigenthumsrechten und Befugnissen einschränken. Dies alles führt uns nun zu dem reinen Resultate, daß beyde Rechtsinstitute auf einer so wesentlich verschiedenen Basis, und auf so entgegen gesetzten Grundsätzen beruhen, daß eine Vermischung derselben nicht nur die größten Widersprüche in der Theorie, sondern auch offenbar schwankende, willkührliche und irrige Schlüsse in der Praxis zur unvermeidlichen Folge haben muß.

§. 660.

Unterschied zwischen affirmativen und negativen Prädial-Servituten. Entstehungsarten derselben.

Prädial-Servituten bestehen also entweder in einem Leiden, oder in einem Nichtthun dürfen des Eigenthümers. Daher werden sie in affirmative und negative eingetheilt. Beyde unterscheiden sich

1) in Rücksicht der Constitution, und zwar

a) durch Vertrag darin, daß bey den affirmativen Servituten zur Erwerbung des dinglichen Rechts noch ein die Stelle der Uebergabe vertretender Act erforderlich ist, bey negativen aber nicht. Hier ist der bloße Vertrag hinreichend, wie ich schon an einem andern Orte [27]) ausführlicher gezeigt habe.

b) Durch

27) S. den 9. Th. §. 626. S. 65. f.

schränkung der Grund-Eigenthumsrechte, sondern bloß eine Einschränkung gewisser actuum merae facultatis enthalten. Der Zwangspflichtige ist blos verbunden, gewisse an sich willkührliche Handlungen, wenn er sie vornehmen will, oder die Anschaffung und Zubereitung gewisser Bedürfnisse, in sofern er sie nicht selbst zubereiten will, kann oder darf, bey einem zu diesen Geschäften und Verrichtungen local-ausschließlich Berechtigten vornehmen zu müssen.

3) Sind bey den Zwangsgerechtigkeiten die Pflichtigen nicht wegen ihrer Grundstücke, sondern blos als Einwohner eines Orts oder eines Districts dem Banne unterworfen. Daher müssen auch diejenigen die Zwangsgerechtigkeit anerkennen, die gar kein Grundeigenthum besitzen, sofern sie deshalb nicht eine besondere Exemtion für sich haben. Gesetzt aber auch, man wollte das Grundstück eines Zwangspflichtigen als das praedium serviens betrachten, so wäre es doch immer noch unbegreiflich, wie der dem praedio dominanti erwachsende Vortheil aus dem praedio serviente an sich fließen, und mit demselben in Beziehung stehen soll? Am deutlichsten ergiebt sich endlich

4) der Unterschied zwischen Bann-Gerechtigkeiten und Real-Servituten noch daraus. Bey Prädial-Servituten ist immer der daraus entstehende Vortheil lediglich auf Seiten des domini praedii dominantis, und äußert sich darin, daß der dominus praedii servientis etwas leiden muß, oder nicht thun darf. Allein bey Zwangsgerechtigkeiten tritt ein ganz anderes Verhältniß ein. Hier muß der Zwangsberechtigte gleichfalls etwas gegenseitig leisten oder geben, und kann er seinen Obliegenheiten kein Genüge leisten, so ist der Pflichtige, wenigstens für dies-

mal

mal, vom Zwange befreyt. Bey Zwangsgerechtigkeiten finden also gegenseitige Leistungen statt, und sie beruhen daher nicht sowohl auf Unterlassung des Belästigten, als vielmehr auf positiven Handlungen desselben, die ihn in gewissen actibus merae facultatis blos persönlich, nicht aber in seinen Grund-Eigenthumsrechten und Befugnissen einschränken. Dies alles führt uns nun zu dem reinen Resultate, daß beyde Rechtsinstitute auf einer so wesentlich verschiedenen Basis, und auf so entgegen gesetzten Grundsätzen beruhen, daß eine Vermischung derselben nicht nur die größten Widersprüche in der Theorie, sondern auch offenbar schwankende, willkührliche und irrige Schlüsse in der Praxis zur unvermeidlichen Folge haben muß.

§. 660.

Unterschied zwischen affirmativen und negativen Prädial-Servituten. Entstehungsarten derselben.

Prädial-Servituten bestehen also entweder in einem Leiden, oder in einem Nichtthun dürfen des Eigenthümers. Daher werden sie in affirmative und negative eingetheilt. Beyde unterscheiden sich

1) in Rücksicht der Constitution, und zwar

a) durch Vertrag darin, daß bey den affirmativen Servituten zur Erwerbung des dinglichen Rechts noch ein die Stelle der Uebergabe vertretender Act erforderlich ist, bey negativen aber nicht. Hier ist der bloße Vertrag hinreichend, wie ich schon an einem andern Orte [27]) ausführlicher gezeigt habe.

b) Durch

27) S. den 9. Th. §. 626. S. 65. f.

schränkung der Grund-Eigenthumsrechte, sondern bloß eine Einschränkung gewisser actuum merae facultatis enthalten. Der Zwangspflichtige ist blos verbunden, gewisse an sich willkührliche Handlungen, wenn er sie vornehmen will, oder die Anschaffung und Zubereitung gewisser Bedürfnisse, in sofern er sie nicht selbst zubereiten will, kann oder darf, bey einem zu diesen Geschäften und Verrichtungen local-ausschließlich Berechtigten vornehmen zu müssen.

3) Sind bey den Zwangsgerechtigkeiten die Pflichtigen nicht wegen ihrer Grundstücke, sondern blos als Einwohner eines Orts oder eines Districts dem Banne unterworfen. Daher müssen auch diejenigen die Zwangsgerechtigkeit anerkennen, die gar kein Grundeigenthum besitzen, sofern sie deshalb nicht eine besondere Exemtion für sich haben. Gesetzt aber auch, man wollte das Grundstück eines Zwangspflichtigen als das praedium serviens betrachten, so wäre es doch immer noch unbegreiflich, wie der dem praedio dominanti erwachsende Vortheil aus dem praedio serviente an sich fließen, und mit demselben in Beziehung stehen soll? Am deutlichsten ergiebt sich endlich

4) der Unterschied zwischen Bann-Gerechtigkeiten und Real-Servituten noch daraus. Bey Prädial-Servituten ist immer der daraus entstehende Vortheil lediglich auf Seiten des domini praedii dominantis, und äußert sich darin, daß der dominus praedii servientis etwas leiden muß, oder nicht thun darf. Allein bey Zwangsgerechtigkeiten tritt ein ganz anderes Verhältniß ein. Hier muß der Zwangsberechtigte gleichfalls etwas gegenseitig —leisten oder geben, und kann er seinen Obliegenheiten kein Genüge leisten, so ist der Pflichtige, wenigstens für dies-

mal

mal, vom Zwange befreyt. Bey Zwangsgerechtigkeiten finden also gegenseitige Leistungen statt, und sie beruhen daher nicht sowohl auf Unterlassung des Belästigten, als vielmehr auf positiven Handlungen desselben, die ihn in gewissen actibus merae facultatis blos persönlich, nicht aber in seinen Grund-Eigenthumsrechten und Befugnissen einschränken. Dies alles führt uns nun zu dem reinen Resultate, daß beyde Rechtsinstitute auf einer so wesentlich verschiedenen Basis, und auf so entgegen gesetzten Grundsätzen beruhen, daß eine Vermischung derselben nicht nur die größten Widersprüche in der Theorie, sondern auch offenbar schwankende, willkührliche und irrige Schlüsse in der Praxis zur unvermeidlichen Folge haben muß.

§. 660.

Unterschied zwischen affirmativen und negativen Prädial-Servituten. Entstehungsarten derselben.

Prädial-Servituten bestehen also entweder in einem Leiden, oder in einem Nichtthun dürfen des Eigenthümers. Daher werden sie in affirmative und negative eingetheilt. Beyde unterscheiden sich

1) in Rücksicht der Constitution, und zwar

a) durch Vertrag darin, daß bey den affirmativen Servituten zur Erwerbung des dinglichen Rechts noch ein die Stelle der Uebergabe vertretender Act erforderlich ist, bey negativen aber nicht. Hier ist der bloße Vertrag hinreichend, wie ich schon an einem andern Orte [27]) ausführlicher gezeigt habe.

b) Durch

27) S. den 9. Th. §. 626. S. 65. f.

schränkung der Grund-Eigenthumsrechte, sondern bloß eine Einschränkung gewisser actuum merae facultatis enthalten. Der Zwangspflichtige ist blos verbunden, gewisse an sich willkührliche Handlungen, wenn er sie vornehmen will, oder die Anschaffung und Zubereitung gewisser Bedürfnisse, in sofern er sie nicht selbst zubereiten will, kann oder darf, bey einem zu diesen Geschäften und Verrichtungen local-ausschließlich Berechtigten vornehmen zu müssen.

3) Sind bey den Zwangsgerechtigkeiten die Pflichtigen nicht wegen ihrer Grundstücke, sondern blos als Einwohner eines Orts oder eines Districts dem Banne unterworfen. Daher müssen auch diejenigen die Zwangsgerechtigkeit anerkennen, die gar kein Grundeigenthum besitzen, sofern sie deshalb nicht eine besondere Exemtion für sich haben. Gesetzt aber auch, man wollte das Grundstück eines Zwangspflichtigen als das praedium serviens betrachten, so wäre es doch immer noch unbegreiflich, wie der dem praedio dominanti erwachsende Vortheil aus dem praedio serviente an sich fließen, und mit demselben in Beziehung stehen soll? Am deutlichsten ergiebt sich endlich

4) der Unterschied zwischen Bann-Gerechtigkeiten und Real-Servituten noch daraus. Bey Prädial-Servituten ist immer der daraus entstehende Vortheil lediglich auf Seiten des domini praedii dominantis, und äußert sich darin, daß der dominus praedii servientis etwas leiden muß, oder nicht thun darf. Allein bey Zwangsgerechtigkeiten tritt ein ganz anderes Verhältniß ein. Hier muß der Zwangsberechtigte gleichfalls etwas gegenseitig leisten oder geben, und kann er seinen Obliegenheiten kein Genüge leisten, so ist der Pflichtige, wenigstens für dies-

mal

mal, vom Zwange befreyt. Bey Zwangsgerechtigkeiten finden also gegenseitige Leistungen statt, und sie beruhen daher nicht sowohl auf Unterlassung des Belästigten, als vielmehr auf positiven Handlungen desselben, die ihn in gewissen actibus merae facultatis blos persönlich, nicht aber in seinen Grund-Eigenthumsrechten und Befugnissen einschränken. Dies alles führt uns nun zu dem reinen Resultate, daß beyde Rechtsinstitute auf einer so wesentlich verschiedenen Basis, und auf so entgegen gesetzten Grundsätzen beruhen, daß eine Vermischung derselben nicht nur die größten Widersprüche in der Theorie, sondern auch offenbar schwankende, willkührliche und irrige Schlüsse in der Praxis zur unvermeidlichen Folge haben muß.

§. 660.

Unterschied zwischen affirmativen und negativen Prädial-Servituten. Entstehungsarten derselben.

Prädial-Servituten bestehen also entweder in einem Leiden, oder in einem Nichtthun dürfen des Eigenthümers. Daher werden sie in affirmative und negative eingetheilt. Beyde unterscheiden sich

1) in Rücksicht der Constitution, und zwar

a) durch Vertrag darin, daß bey den affirmativen Servituten zur Erwerbung des dinglichen Rechts noch ein die Stelle der Uebergabe vertretender Act erforderlich ist, bey negativen aber nicht. Hier ist der bloße Vertrag hinreichend, wie ich schon an einem andern Orte [27]) ausführlicher gezeigt habe.

b) Durch

27) S. den 9. Th. §. 626. S. 65. f.

schränkung der Grund-Eigenthumsrechte, sondern bloß eine Einschränkung gewisser actuum merae facultatis enthalten. Der Zwangspflichtige ist blos verbunden, gewisse an sich willkührliche Handlungen, wenn er sie vornehmen will, oder die Anschaffung und Zubereitung gewisser Bedürfnisse, in sofern er sie nicht selbst zubereiten will, kann oder darf, bey einem zu diesen Geschäften und Verrichtungen local-ausschließlich Berechtigten vornehmen zu müssen.

3) Sind bey den Zwangsgerechtigkeiten die Pflichtigen nicht wegen ihrer Grundstücke, sondern blos als Einwohner eines Orts oder eines Districts dem Banne unterworfen. Daher müssen auch diejenigen die Zwangsgerechtigkeit anerkennen, die gar kein Grundeigenthum besitzen, sofern sie deshalb nicht eine besondere Exemtion für sich haben. Gesetzt aber auch, man wollte das Grundstück eines Zwangspflichtigen als das praedium serviens betrachten, so wäre es doch immer noch unbegreiflich, wie der dem praedio dominanti erwachsende Vortheil aus dem praedio serviente an sich fließen, und mit demselben in Beziehung stehen soll? Am deutlichsten ergiebt sich endlich

4) der Unterschied zwischen Bann-Gerechtigkeiten und Real-Servituten noch daraus. Bey Prädial-Servituten ist immer der daraus entstehende Vortheil lediglich auf Seiten des domini praedii dominantis, und äußert sich darin, daß der dominus praedii servientis etwas leiden muß, oder nicht thun darf. Allein bey Zwangsgerechtigkeiten tritt ein ganz anderes Verhältniß ein. Hier muß der Zwangsberechtigte gleichfalls etwas gegenseitig —leisten oder geben, und kann er seinen Obliegenheiten kein Genüge leisten, so ist der Pflichtige, wenigstens für dies-

mal

mal, vom Zwange befreyt. Bey Zwangsgerechtigkeiten finden also gegenseitige Leistungen statt, und sie beruhen daher nicht sowohl auf Unterlassung des Belästigten, als vielmehr auf positiven Handlungen desselben, die ihn in gewissen actibus merae facultatis blos persönlich, nicht aber in seinen Grund-Eigenthumsrechten und Befugnissen einschränken. Dies alles führt uns nun zu dem reinen Resultate, daß beyde Rechtsinstitute auf einer so wesentlich verschiedenen Basis, und auf so entgegen gesetzten Grundsätzen beruhen, daß eine Vermischung derselben nicht nur die größten Widersprüche in der Theorie, sondern auch offenbar schwankende, willkührliche und irrige Schlüsse in der Praxis zur unvermeidlichen Folge haben muß.

§. 660.

Unterschied zwischen affirmativen und negativen Prädial-Servituten. Entstehungsarten derselben.

Prädial-Servituten bestehen also entweder in einem Leiden, oder in einem Nichtthun dürfen des Eigenthümers. Daher werden sie in affirmative und negative eingetheilt. Beyde unterscheiden sich

1) in Rücksicht der Constitution, und zwar

a) durch Vertrag darin, daß bey den affirmativen Servituten zur Erwerbung des dinglichen Rechts noch ein die Stelle der Uebergabe vertretender Act erforderlich ist, bey negativen aber nicht. Hier ist der bloße Vertrag hinreichend, wie ich schon an einem andern Orte [27]) ausführlicher gezeigt habe.

b) Durch

27) S. den 9. Th. §. 626. S. 65. f.

Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Zehnten Theils erste Abtheilung.

Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm.

1808.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Lib. VIII. Tit. I.

De ſervitutibus.

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

§. 659.

Weſentlicher Character der dinglichen Servituten und Unterſchied derſelben von Zwangs- oder Banngerechtigkeiten.

Das achte Buch der Pandecten handelt blos von Prädial-Servituten [1]). Nicht nur die Ordnung und Folge der Bücher und Titel lehrt dies unwiderſprechlich, ſondern es iſt auch bekannt, daß die Real-Servituten ſchlechthin und vorzugsweiſe durch den Namen *ſervitutes* bezeichnet werden [2]). Daher können die Geſetze dieſes Titels, ſeiner generellen Ueberſchrift ungeachtet, nur von dinglichen Dienſtbarkeiten erklärt werden [3]). Das Weſen

1) Außer den ſchon an einem andern Orte (9. Th. S. 2.) angeführten Schriften eines *Janus a* COSTA, *Em.* MERILLIUS, und Zachariä ſind in dieſer Rechtslehre noch folgende anzuführen. *Barth.* CAEPOLLA de Servitutibus praedior. ruſticor. et urbanor. *Coloniae 1666.* 4. *Herc. Franc.* DANDINI Interpretationes de servitutibus praediorum. *Veronae 1741.* 4. C. E. Münter von den Servituten nach dem reinen Sinn der Geſetzgebung. 1. Th. von den Prädial-Servituten. Hannover 1806. 8.

2) S. *Io.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 1.

3) Z. B. *L. 4. L. 8. 15. u. 18. h. t.* S. *Gottl.* HUFELAND Diſſ. de legum in Pandectis interpretandarum ſubſidio ex earum nexu et conſecutione petendo. §. 2.

Wesen einer dinglichen Servitut, von welcher der Begriff schon an einem andern Orte (§. 621.) gegeben worden ist, besteht nun darin, daß das Grundstück des Einen dem Grundstücke eines Andern dient, und zwar dergestalt, daß die Substanz des einen Grundstücks selbst für das andere Grundstück Nutzen und Vortheil gewährt, ohne daß die jedesmalige Gewährung desselben von positiven Handlungen des Besitzers abhängig ist [4]). Nicht nur Paulus druckt diesen wesentlichen Character deutlich genug aus, wenn er *L.* 12. *D. Commun. praedior.* sagt: Cum *fundus fundo servit*, vendito quoque fundo, servitutes sequuntur. Aedificia quoque fundis, et fundi aedificiis eadem conditione serviunt; sondern auch schon das natürliche Verhältniß, in welchem Grundstücke vermöge ihrer Lage zu einander stehen, lehrt es, daß dingliche Servituten ihren Entstehungsgrund in einem gewissen nachbarlichen oder Lokal-Verhältniß zweyer Grundstücke haben, in einem gewissen Bedürfniß des einen, die Dienstbarkeit von dem andern zu erlangen, und in einer von Natur paßlichen Lage oder Beschaffenheit des letztern, zum Nutzen und Vortheil des ersten etwas zu leiden oder nicht zu thun. Dingliche Servituten setzen also

I. ihrem Wesen nach zwey Grundstücke voraus, ein herrschendes, praedium *dominans*, und ein dienendes,

4) Die französische Definition von Servitut, worunter auch im eigentlichen Sinn nur eine dingliche Dienstbarkeit verstanden wird, welche im *Code Napoleon* Art. 637. vorkommt, wo es heißt: Une *Servitude* est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un heritage appartenant à un autre propriétaire, drückt das Wesen der Real-Servitut sehr pünctlich aus.

des, praedium *serviens* [5]), welche sich, wie das Subject und Object des Rechts, zu einander verhalten [6]).

II. Sie gehen sowohl active, in Absicht der dem herrschenden Grundstück anklebenden Gerechtigkeit, als passive, in Absicht der auf dem dienenden praedio haftenden Beläſtigung, auf jeden Besitzer über [7]), selbst alsdann, wenn das eine oder andere Grundstück vom Staate eingezogen wird: quia cum sua causa quisque fundus publicaretur, wie **Paulus** sagt, *L.* 23. §. 2. *D. de servitutib. praedior. rusticor.*

III. Da bey einer Realservitut das praedium dominans Subject des Rechts ist, so steht sie nicht bloß der Oberfläche desselben, sondern dem Grundstück selbst zu [8]). Hieraus folgt, daß wenn auch das alte Gebäude

5) In den Gesetzen kommt zwar die Benennung *praedium* s. *fundus serviens* öfters vor, aber nicht der Ausdruck *praedium dominans*, so allgemein üblich auch jetzt bey den Rechesgelehrten diese Benennung ist. Die Gesetze sagen: *fundus, cui servitus debetur*, oder *praedium, cui servitur. L.* 23. §. 2. *D. de servitut. praedior. rustic. L.* 140. §. 2. *D. de Verbor. obligat.* Statt praedium serviens kommt auch das Wort *servum* vor. *L.* 8. §. 1. *D. de action. emti vend.* Ferner *fundus servus. L.* 20. §. 1. *D. de acquir. rer. dom.* Desgleichen *aedes servae. L.* 6. §. 3. *D. Commun. praedior.*

6) Wenn **Ulpian** *L.* 1. *pr. D. de condict. tritic.* von einer *Servitus utrorumque praediorum* redet, so geht das *utrorumque* nicht auf das praedium dominans und serviens, sondern auf praedium urbanum et rusticum. S. KONOPAK Institutionen des Röm. Rechts §. 271. not. f.

7) *L.* 12. *D. Commun. praedior. L.* 3. *Cod. de servitutib.*

8) *L.* 13. *pr. D. de servitutib. praedior. rustic.* Daher wird *L.* 31. §. *ult. D. de negot. gest.* gesagt: Sententia *praedio* datur, wodurch über eine dem Grundstück zustehende Servitut entschieden worden ist.

niedergerissen, und ein neues an dessen Stelle aufgerichtet wird, das neue immer die Rechte desjenigen behält, an dessen Stelle es getreten ist [9]). Auf gleiche Weise haftet aber auch

IV. eine Real-Servitut nicht blos auf der Oberfläche des dienenden Gutes, sondern auf dem Grund und Boden selbst [10]). Man folgerte diesen Satz aus dem Begriff derselben, vermöge welchen bey einer dinglichen Servitut immer ein Grundstück Object des Rechts ist. Daher muß das dienstbare Haus, wenn es einfällt und wieder aufgebauet wird, dieselben Servituten leiden, wie das vorige [11]).

V. Das Recht, welches einem Grundstück vermöge einer Servitut zusteht, erstreckt sich eben so auf alle Theile desselben [12]); als die Last, welche das dienstbare Gut deswegen leiden muß, auf allen Theilen desselben haftet, insofern nicht die Ausübung derselben auf einen bestimmten Theil stillschweigend oder ausdrücklich eingeschränkt worden ist [13]). Wenn daher das praedium dominans theilweise verkauft wird, oder mehrere sich darin theilen, so ist jeder zur Ausübung der ganzen Servitut berechtiget [14]); und wenn

9) Zachariä wissenschaftl. Entwickel. der Lehre von dinglichen Servituten. §. 4.

10) *L. 14. D. Quemadm. servitut. amitt.*

11) *L. 11. pr. D. de servitut. praedior. urbanor.*

12) *L. 23. §. 3. D. de Servitut. praedior. rusticor.*

13) *L. 9. D. de Servitut. L. 13. §. 1. L. 21. L. 22. L. 23. §. 3. D. de servitut. praedior. rusticor.*

14) *L. 23. §. 3. D. de servit. praed. rustic.* Quaecunque Servitus fundo debetur, *omnibus eius partibus debetur.* Et ideo, quam-

wenn das dienstbare Gut an mehrere Besitzer kommt, so muß jeder die Servitut leiden [15]). Bey Prädial-Servituten findet daher Recht und Verbindlichkeit in solidum Statt [16]).

VI. Das Recht, welches das herrschende Grundstück durch eine Servitut erwirbt, muß immer ein solches seyn, welches dem Grundstück selbst entweder zum bleibenden Vortheil gereicht, oder demselben eine bleibende Annehmlichkeit verschaft, gesetzt auch, daß sie nicht gerade diesem oder jenem Besitzer den Nutzen oder das Vergnügen gewähren sollte, weswegen die Servitut constituirt ist [17]). Gewinnt das Grundstück selbst dabey nichts, sondern gereicht sie blos der Person des jetzigen Besitzers zum Vergnügen und Zeitvertreib, so ist dies keine Real-Servitut, sondern eine bloße Personal-Vergünstigung [18]). Es muß aber auch

quamvis particulatim venierit, omnes partes servitus sequitur: ita ut singuli recte agant, *jus sibi esse fundi.* Statt *fundi* lieset die Vulgata *eundi.* Es läßt sich aber die Florentinische Lesart sehr wohl erklären: nämlich ius fundi ist so viel als *ius servitutis.* S. WESTPHAL de libert. et servitutib. praedior. §. 588. not. 521. lit. b. Adde *L.* 25. *D. eod.* Si partem fundi mei certam tibi vendidero, aquaeductus ius, etiamsi alterius partis causa plerumque ducatur, te quoque sequetur.

15) *L.* 140. §. 2 *in fin. D. de Verb. obligat. L.* 6. *D. Quemadm. servitut. amitt.* Quoniam unum atque eod. modo individuum viae ius est.

16) *L.* 17. *D. de Servitut. L.* 25. §. 9. *D. fam. erciſc. L.* 7. *D. de servit. leg. L.* 2. §. 1. *L.* 72. *pr. D. de Verb. Oblig.*

17) *L.* 19. *D. h. t. L.* 3. *pr. D. de aqua quot.* S. des 9. Th. 1. Abth. §. 620. Nr. 5. und §. 621. Nr. 2.

18) *L.* 8. *D. h. t.* S. den 9. Th. S. 13. und *Ian. a* COSTA Praelectiones ad illustr. quosd. Titulos iuris civ. p. 37.

VII. der aus der Servitut zu erwartende und zu gewährende Vortheil dem dienenden Grundstück selbst inhäriren, und in der Beschaffenheit oder Lage des Guts gegründet seyn. Denn wenn die jedesmalige Gewährung des aus der Servitut entspringenden Vortheils von positiven Handlungen oder Prästationen des Besitzers des dienenden Gutes abhängig wäre, wenn dieser Nutzen nicht vielmehr aus der Beschaffenheit oder Lage des Guts von selbst folgte, so würde dies zwar eine, höchstens auf die Erben des Verpflichteten sich mit erstreckende, obligatio, aber keine auf den successor singularis übergehende Prädial-Servitut seyn [19]). Es liegt daher

VIII. schon in der Natur der Sache, und ist auch in der Römischen Rechtstheorie, als eine practisch wichtige Wahrheit, gegründet, daß keine Servitut in faciendo, sondern nur in Restrictionen der Eigenthumsrechte des domini praedii servientis bestehen könne [20]).

So richtig und philosophisch consequent auch alle diese Sätze sind, so fehlt es dennoch nicht an Rechtsgelehrten, welche sie ohne weiteres für lauter überflüssige Subtilitäten des Römischen Rechts erklären, auf die heut zu Tage in den Gerichten nicht die mindeste Rücksicht zu nehmen sey. Es

19) S. den 9. Theil S. 6.

20) *L. 15. §. 1. D. h. t.* Servitutum non ea natura est, *ut aliquid faciat quis*, (veluti viridia tollat, aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc, ut in suo pingat): *sed ut aliquid patiatur, aut non faciat.* C. *Aegid.* MENAGII Amoenitat. iuris civ. Cap. 29. *Io. Guil.* HOFFMANN Meletem. ad Pand. Disput. IX. §. 1. und *Christ. Henr.* BREUNING Specim. cont. caput iuris controversum de servitute in faciendo ad philosophiam Pomponii in L. 15. D. de Servitut. *Lipsiae 1768.*

Es ist zu bedauern, daß unter diesen Tadlern einer römischen Rechtslehre, die von den größten Rechtsgelehrten von jeher als ein Meisterstück des juristischen und philosophischen Geistes der Römer bewundert worden ist, sich Männer von Ansehen und bedeutendem practischen Gewicht befinden [21]), welche durch eine solche Sprache, die vielleicht von tausend Zungen nachgelallt, und blindlings angewendet worden ist, unserer Rechtswissenschaft gewiß keinen geringen Nachtheil zugefügt haben. Ein Beyspiel davon giebt die irrige Vorstellung, die man sich von den teutschen Zwangsgerechtigkeiten und sogenannten Bannrechten macht, wenn man sie für servitutes in faciendo consistentes hält; und den Grundsatz aufgestellt hat, daß nach teutschen Rechten eine Servitut in faciendo bestehen könne [22]). In der That darf man sich aber nur einen richtigen Begriff von den teutschen Zwangs-Gerechtigkeiten machen, um sich zu überzeugen, wie sehr man dabey das eigentliche Wesen der dinglichen Servituten aus den Augen verlohren habe, wenn man jene mit diesen in eine Classe setzt [23]).

21) Man vergleiche z. B. eines verdienstvollen LEYSERS Medit. ad Pandect. Vol. II. Specim. CVII. meditat. I. und Vol. VI. Specim. CCCLXXXV. pag. 909.

22) S. *Ephr.* GERHARD diss. de servitutibus in faciendo consistentibus. *Ienae 1710.* *Gottl. Gerh.* TITIUS de servitute faciendi. *Lipsiae 1710.* Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 274. Gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle von Gmelin und Elsässer. 4. Band §. 172. S. 251. f. und Carl Ge. von Zangen Beyträge zum teutschen Rechte. Giessen 1788. S. 250.

23) Man sehe hier vorzüglich Ad. Diet. Webers Versuche über das Civilrecht, und dessen Anwendung Nr. I. §. 7. S. 33.

Man versteht unter einer Zwangs-Gerechtigkeit die gewissen physischen oder moralischen Personen zustehende, oder mit dem Besitz eines Grundstücks verbundene Befugniß, den ihr unterworfenen Personen die Anschaffung oder Zubereitung gewisser Bedürfnisse bey jedem Andern, als dem Berechtigten, zu untersagen. Steht diese Befugniß dem Berechtigten gegen alle Einwohner eines gewissen Districts oder gegen gewisse Classen derselben zu, so wird sie ein Bannrecht genennt [24]). Es giebt in Teutschland viele besondere Arten solcher Bann- und Zwangsrechte, unter denen der Brau- und Bierzwang, der Mühlenzwang, die Zwangsbackofen-Gerechtigkeit, die Zwangschenken-Gerechtigkeit, und das Recht des

33. f. und Carl Gebhardt über den Unterschied zwischen Servituten und Zwangs- und Bann-Gerechtigkeiten. Leipzig 1807. 8.

24) Der Begriff, den einige geben, welche unter Bannrechten diejenige Art von Dienstbarkeiten verstehen, vermöge welcher Jemand die Besitzer gewisser Güter oder Einwohner eines Orts zu Etwas zu zwingen befugt ist, was dieselben nach der natürlichen Freyheit zu thun nicht schuldig sind, (man s. Runde a. a. O. §. 275. und Theod. Hagemanns Handbuch des Landwirthschaftsrechtes §. 155.) scheint mir nicht richtig zu seyn. Der Bannberechtigte hat zwar ein ius prohibendi, aber keinesweges ein ius cogendi. Wem z. B. der Bierzwang zusteht, kann die Bannpflichtigen nicht nöthigen, durchaus bey ihm Bier zu kaufen, er kann sie blos abhalten, daß sie kein Bier bey Andern kaufen. Einen richtigern Begriff giebt Ge. Ludw. Böhmer in den auserlesenen Rechtsfällen 3. Band Nr. 236. S. 559. und das Allgemeine Landrecht für die Preuß. Staaten 1. Th. Tit. 23. §. 2—4.

des Salzzwanges die gewöhnlichsten sind [25]). Wollte man diese Zwangsgerechtigkeiten, insofern sie eine Einschränkung der natürlichen Freyheit enthalten, wirklich für Servituten halten, so würden sie eher für negative Servituten, als für solche zu halten seyn, welche in faciendo bestehen, weil sie blos in einem iure prohibendi bestehen [26]). Allein der Unterschied zwischen diesen und den Prädial-Servituten leuchtet zu sehr in die Augen, als daß man sie auf irgend eine Art zu den letztern rechnen könnte. Denn so beruhen

1) die Prädial-Servituten eigentlich auf einem paßlich-nachbarschaftlichen Verhältnisse zweyer Grundstücke. Es kann hier folglich nur von solchen Vortheilen die Rede seyn, die aus der Lage und Beschaffenheit der Grundstücke an sich herfließen, wie der Grundsatz: praedium praedio servit, andeutet. Zwangs- und Bann-Gerechtigkeiten hingegen beruhen auf gewissen Kunst- oder industriemäßigen Anstalten, deren Unternehmung die Veranlassung gegeben haben mag, daß Individuen oder ganze Gemeinheiten oder Districte, in Absicht auf sonst willkührliche Handlungen, an diese Kunst- oder industriemäßigen Anstalten gebunden oder gezwungen sind. Insonderheit aber unterscheiden sich

2) Zwangs- und Banngerechtigkeiten von Prädial-Servituten darin, daß sie auch nicht die geringste Einschrän-

25) Von diesen und mehreren andern Arten der Zwangs- und Bannrechte handelt vorzüglich Hagemann a. a. O. §. 156.

26) Dieser Meinung sind insonderheit *Iul. Frid.* MALBLANC in Princip. iuris Rom. P. II. §. 419. und B. W. Peiffer in den vermischten Aufsätzen über Gegenstände des teutschen und römischen Privatrechts S. 223. ff.

schränkung der Grund-Eigenthumsrechte, sondern bloß eine Einschränkung gewisser actuum merae facultatis enthalten. Der Zwangspflichtige ist blos verbunden, gewisse an sich willkührliche Handlungen, wenn er sie vornehmen will, oder die Anschaffung und Zubereitung gewisser Bedürfnisse, in sofern er sie nicht selbst zubereiten will, kann oder darf, bey einem zu diesen Geschäften und Verrichtungen local-ausschließlich Berechtigten vornehmen zu müssen.

3) Sind bey den Zwangsgerechtigkeiten die Pflichtigen nicht wegen ihrer Grundstücke, sondern blos als Einwohner eines Orts oder eines Districts dem Banne unterworfen. Daher müssen auch diejenigen die Zwangsgerechtigkeit anerkennen, die gar kein Grundeigenthum besitzen, sofern sie deshalb nicht eine besondere Exemtion für sich haben. Gesetzt aber auch, man wollte das Grundstück eines Zwangspflichtigen als das praedium serviens betrachten, so wäre es doch immer noch unbegreiflich, wie der dem praedio dominanti erwachsende Vortheil aus dem praedio serviente an sich fließen, und mit demselben in Beziehung stehen soll? Am deutlichsten ergiebt sich endlich

4) der Unterschied zwischen Bann-Gerechtigkeiten und Real-Servituten noch daraus. Bey Prädial-Servituten ist immer der daraus entstehende Vortheil lediglich auf Seiten des domini praedii dominantis, und äußert sich darin, daß der dominus praedii servientis etwas leiden muß, oder nicht thun darf. Allein bey Zwangsgerechtigkeiten tritt ein ganz anderes Verhältniß ein. Hier muß der Zwangsberechtigte gleichfalls etwas gegenseitig leisten oder geben, und kann er seinen Obliegenheiten kein Genüge leisten, so ist der Pflichtige, wenigstens für dies-

mal

mal, vom Zwange befreyt. Bey Zwangsgerechtigkeiten finden also gegenseitige Leistungen statt, und sie beruhen daher nicht sowohl auf Unterlassung des Belästigten, als vielmehr auf positiven Handlungen desselben, die ihn in gewissen actibus merae facultatis blos persönlich, nicht aber in seinen Grund-Eigenthumsrechten und Befugnissen einschränken. Dies alles führt uns nun zu dem reinen Resultate, daß beyde Rechtsinstitute auf einer so wesentlich verschiedenen Basis, und auf so entgegen gesetzten Grundsätzen beruhen, daß eine Vermischung derselben nicht nur die größten Widersprüche in der Theorie, sondern auch offenbar schwankende, willkührliche und irrige Schlüsse in der Praxis zur unvermeidlichen Folge haben muß.

§. 660.

Unterschied zwischen affirmativen und negativen Prädial-Servituten. Entstehungsarten derselben.

Prädial-Servituten bestehen also entweder in einem Leiden, oder in einem Nichtthun dürfen des Eigenthümers. Daher werden sie in affirmative und negative eingetheilt. Beyde unterscheiden sich

1) in Rücksicht der Constitution, und zwar

a) durch Vertrag darin, daß bey den affirmativen Servituten zur Erwerbung des dinglichen Rechts noch ein die Stelle der Uebergabe vertretender Act erforderlich ist, bey negativen aber nicht. Hier ist der bloße Vertrag hinreichend, wie ich schon an einem andern Orte [27]) ausführlicher gezeigt habe.

b) Durch

27) S. den 9. Th. §. 626. S. 65. f.

b) Durch Verjährung. Diese nimmt bey affirmativen Servituten mit dem Augenblick ihren Anfang, da man sie zum ersten Male ohne Widerspruch, als ein Recht, ausgeübt hat; bey negativen Dienstbarkeiten hingegen fängt sie von dem Moment zu laufen an, da man dem Eigenthümer eine Handlung verbot, welche er auf seinem Grundstück vornehmen wollte, und vermöge der natürlichen Freyheit auch unternehmen konnte, und dieser dabey acquiescirte. Hiervon ist ebenfalls schon an einem andern Orte[28]) gehandelt worden. Ich bemerke hier nur noch, daß eine dingliche Servitut überhaupt eben so, wie eine persönliche, folglich auch sowohl durch richterliche Auctorität, als durch letztwillige Verfügung constituirt werden kann[29]). Zuweilen macht jedoch schon die natürliche Lage beyder Grundstücke, daß, ohne die besondere Constitution einer Servitut, eins dem andern dienstbar seyn muß. Z. B. wenn das eine Grundstück höher liegt, so muß der Besitzer des niedriger liegenden Grundstücks den Abfluß des Wassers von dem obern leiden, und die Unbequemlichkeit, die er allenfalls davon hat, muß er gegen den Vortheil, der ihm durch dieses Wasser zuwächst, in Anrechnung bringen, ohne deshalb eine weitere Vergütung zu verlangen[30]). Es hat auch

28) Im 9. Th. §. 629. S. 130. ff.

29) *L. 5. pr. D. h. t.* Via, iter, actus, ductus aquae iisdem fere modis constituitur, quibus et usumfructum constitui diximus. Nun verbinde man damit *L. 6. §. 1. D. de Usufr.* Ferner *L. 10. D. h. t.* und *L. 26. et 28. D. de servitut. praedior. rusticor.* S. Münter von Servituten §. 3.

30) *L. 1. §. 23. D. de aqua et aquae pluv. arcendae act.* Si lex non sit agro dicta, agri naturam esse servandam; sagt Ulpian, et

auch keinen Zweifel, daß eine Real-Servitut durch das Gesetz selbst unmittelbar begründet werden könne, und zwar entweder zum Nutzen des Staats, oder zum Nutzen eines Privat-Eigenthümers, wovon Beyspiele schon an einem andern Orte [31]) vorgekommen sind.

Der Unterschied zwischen affirmativen und negativen Prädial-Servituten kommt nun aber auch noch

2) in Rücksicht des Verlusts derselben in vorzügliche Betrachtung, wie ich Tit. 6. zeigen werde.

§. 661.

Qualificirte und nicht qualificirte Dienstbarkeiten.

Wem liegt bey den erstern die Last der Reparatur ob?

Dingliche Servituten erfordern ferner entweder zu ihrer Ausübung ein von Menschen-Händen verfertigtes Werk, oder es ist ein solches Werk nicht nöthig. In jenem Falle werden sie qualificirte, in diesem hingegen nicht qualificirte genennt. Zu den Servituten der ersten Art gehören z. B. die servitus oneris ferendi, (§. 667.) ser-

vitus

et semper inferiorem superiori servire; at hoc incommodum naturaliter pati inferiorem agrum a superiore, compensareque debere cum alio commodo. Sicut enim omnis pinguitudo terrae ad eum decurrit, ita etiam aquae incommodum ad eum defluere. S. die gemeinnützigen juriſt. Beobachtungen und Rechtsfälle von Gmelin und Elsässer 2. B. Nr. 3. S. 24. ff. Im *Code Napoleon* Art. 640—648. kommen hierüber mehrere wichtige Bestimmungen vor, womit die Pandectes Françaises par DELAPORTE et RIFFÉ-CAUBRAI Tom. V. pag. 365. seqq. zu vergleichen sind.

31) S. den 9. Th. §. 628. S. 105. Man vergleiche auch *Code Napoleon* Art. 649—652.

vitus tigni immittendi, (ibid.) servitus aquaeductus (§. 682.) u. a. m. Zu den Servituten der andern Art gehören hingegen die servitus actus, viae, pascendi u. s. w.

Bey jenen entsteht die Rechtsfrage, wer zur Ausbesserung des Werks verpflichtet sey, welches zur Ausübung der Servitut erfordert wird? Hier ist nun

1) soviel außer Zweifel, daß wenn dieser Gegenstand dem Eigenthümer des herrschenden Gutes zugehört, diesem auch die Reparatur desselben allein zur Last falle, und er kann nur allenfalls von dem domino praedii servientis verlangen, daß er ihn daran nicht hindere [32]). Gehört hingegen

2) dieser Gegenstand dem Eigenthümer des dienstbaren Gutes zu, so hat zwar zur Ausbesserung desselben unstreitig sowohl der zur Servitut Berechtigte [33]), als der Eigenthümer des dienenden Gutes ein Recht [34]). Allein die Frage ist desto streitiger, wer von beyden zur Reparatur verbunden sey? Die Rechtsgelehrten sind hierüber sehr verschiedener Meinung. Einige [35]) bürden diese Last

32) *L. 1. D. de rivis. L. 11. §. 1. D. Commun. praedior.*

33) *L. 4. §. 5. D. Si servit. vindicet.*

34) *L. 8. D. de Servitut. praed. urb. L. 11. pr. D. Commun. praedior.* S. G. HUFELAND Pandectencompendium §. 294. S. 115.

35) *Lud.* MENCKEN Colleg. polem. iuris civ. Disp. III. nr. 10. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. XI. *Io. Tob.* RICHTER Diss. de domino serviente ad praedii servientis refectionem obligato. *Lipsiae 1753.* Phil. Jac. Heisler Untersuchung der

Last schlechterdings dem Eigenthümer des dienstbaren Gutes auf. Sie sehen die Reparatur als ein consequens servitutis, als das Mittel zum Zweck an, ohne welches die Servitut nicht bestehen könne. Andere [36]) hingegen halten den Eigenthümer des herrschenden Gutes zur Refection verpflichtet, und machen blos bey der servitus oneris ferendi eine Ausnahme. Bey dieser sey es immer stillschweigende Bedingung der Constitution, daß der Eigenthümer des dienenden Guts die Mauer in baulichem Wesen erhalte. Noch andere [37]) sagen, es sey keiner dem Andern zur Reparatur verbunden, keiner könne den Andern dazu nöthigen, sondern der müsse die Ausbesserung übernehmen, dem daran gelegen sey. Westphal [38]) weicht von allen ab. Er meint, die Kosten müßten beyde Eigengenthümer tragen, sie müßten daher nach richterlicher Billigkeit

der Rechtsfrage: Ob in den Servituten der Herr des dienstbaren Gutes zu repariren schuldig sey? (in desselben juriſt. Abhandlungen und Erörterungen 1. Samml. Nr. I.) Er hat jedoch in einer nochmal. Erörterung jener Rechtsfrage, (Nr. II. der angef. Sammlung) seine Meinung wieder geändert.

36) *Io.* D'AVEZAN Servitut. libr. P. III. Cap. 17. pag. 159. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandectar. Lib. VIII. Tit. 1. §. 29. et Tit. 2. §. 2. WESTENBERG Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. Lib. VIII. Tit. 2. §. 6. sqq. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1087. Zachariä wissenschaftliche Entwickelung der Lehre des R. R. von dinglichen Servituten. §. 10. Münter von den Servituten. §. 19.

37) Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 357. Weber in den Anmerkungen zu Höpfner Not. 5 Eben dieser Meinung ist auch Hellfeld §. 667.

38) De libert. et servitut. praedior. §. 580. verglichen mit §. 574

ligkeit ausgeglichen und unter beyde vertheilt werden, wofern nicht etwa einer von beyden sein Recht aufgeben wollte, oder durch Vertrag ein Anderes bestimmt sey. Bey der servitus oneris ferendi liege jedoch dieser Vertrag allemal zum Grunde. Daher falle hier immer die Verbindlichkeit der Refection dem Herrn des dienenden Gutes zur Last. Die richtigste Meinung ist wohl diejenige, daß der Eigenthümer des herrschenden Gutes in allen Fällen die Ausbesserung übernehmen müsse [39]). Selbst der Vertrag, daß der Eigenthümer des dienenden Guts repariren solle, kann nach der Regel des Römischen Rechts den successor singularis nicht verpflichten [40]). Nur bey der servitus oneris ferendi findet das Sonderbare Statt, daß jeder Herr des dienenden Gutes, wenn es bey der Constitution der Servitut bedungen worden ist, die Last tragende Mauer in baulichem Stand erhalten muß. Diese Meinung hat die klare

39) Struben rechtl. Bedenken 4. Th. Bed. 158. HEINECCIUS Elem. iuris civ. Lib. II. Tit. 3. §. 353. et §. 357. EMMINGHAUS ad COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. XI. not. c. Tom. II. pag. 43. und THIBAUT Syst. des Pand. R. 2. B. §. 604. u. §. 607. lit. A.

40) *L. 3. pr. D. de obligat. et act.* sagt: Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat; sed *ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.* Aus einem Vertrage entspringt also nur eine persönliche Klage gegen den Verpflichteten, keine Realklage gegen jeden dritten Besitzer, wenn gleich das Pactum in Rücksicht eines gewissen Grundstücks wäre eingegangen worden. *L. 81. §. 1. D. de contrab. emt. L. 136. §. 1. D. de verbor. oblig.* S. KIND Quaestion. forens. Tom. III. cap. 41.

klare *L.* 6. §. 2. *D. Si ſervitus vindicetur* für ſich, wo Ulpian ſagt: Etiam de ſervitute, quae oneris ferendi cauſa impoſita erit, actio competit: *ut et onera ferat, et aedificia reficiat ad eum modum, qui ſervitute impoſita comprehenſus eſt.* Et *Gallus* putat, non poſſe ita ſervitutem imponi, *ut quis facere aliquid cogeretur*: ſed, *ne me facere prohiberet.* Nam in omnibus ſervitutibus refectio ad eum pertinet, qui ſibi ſervitutem adſerit: non ad eum, cuius res ſervit. Sed evaluit *Servii* ſententia *in propoſita ſpecie*, ut poſſit quis defendere, *ius ſibi eſſe*, *cogere adverſarium reficere parietem ad onera ſua ſubſtinenda.* *Labeo* autem hanc ſervitutem non hominem debere, ſed rem: denique licere domino rem derelinquere, ſcribit. Es wird hier die Frage entſchieden, ob die ſervitus oneris ferendi auf eine ſolche Art conſtituirt werden könne, daß jeder Beſitzer des dienenden Gutes ſchuldig ſeyn ſolle, die laſttragende Mauer auf ſeine Koſten repariren zu laſſen, ſo daß deshalb die confeſſoriſche Klage begründet ſey? Nach Ulpians Relation waren die alten Römiſchen Rechtsgelehrten darüber nicht einerley Meinung. Aquilius Gallus läugnete, daß die Servitut auf eine ſolche Art dem dienenden Gute aufgelegt werden könne, weil ſie alsdann in faciendo beſtehen würde. Man könnte zwar ſagen, dieſe Servitut beſtehe doch nur eigentlich darin, ut paries alterius onus aedium mearum ſuſtineat, und nicht darin, ut alter parietem reficiat. Das Letztere ſey nur eine Bedingung der Möglichkeit des Erſtern. Allein es thut nichts zur Sache, ob die Servitut mittelbar oder unmittelbar in faciendo beſteht. Servius Sulpicius war indeſſen der entgegen geſetzten Meinung, und dieſer Meinung gab man

in den Gerichten den Vorzug. Aber doch nur in dem vorliegenden Falle, das ist, nur bey der servitute oneris ferendi, nicht bey andern qualificirten Real-Servituten [41]). Nicht einmal bey der servitute tigni immittendi, welche doch mit der servitute oneris ferendi soviel Aehnlichkeit hat. Es ergiebt sich dieses noch vorzüglich aus einer andern Stelle eben dieses **Ulpians**, welche mit jener *L.* 6. in genauem Zusammenhange gestanden zu haben scheint, nämlich *L.* 8. *pr. et* §. 1. *et* 2. *D. eod.* Beyde sind aus **Ulpians** *libro* 17. *ad Edictum* genommen. In der letzten Stelle heißt es: Sicut autem *refectio parietis ad vicinum pertinet*, ita fultura aedificiorum vicini, cui servitus debetur, quamdiu paries reficietur, ad inferiorem vicinum non debet pertinere. Nam si non vult superior fulcire, deponat: et restituet, cum paries fuerit restitutus. Et hic quoque, sicut in caeteris servitutibus, actio contraria dabitur: hoc est, *ius tibi non esse me cogere.*

Competit mihi actio adversus eum, qui cessit mihi (talem) servitutem, *ut in parietem eius tigna immittere mihi liceat.* —

§. 2. Distant autem hae actiones inter se: quod superior quidem locum habet *etiam ad compellendum vicinum reficere parietem meum;* haec vero locum habet *ad hoc solum, ut tigna suscipiat: quod non est contra genera servitutum.*

Wie

41) S. *Ger.* NOODT de pactis. Cap. 19. (*Operum* T. I. pag. 539.) und EMMINGHAUS c. l. pag. 43. not. c.

Wie man sich diese Sonderbarkeit bey der servitute oneris ferendi erklären solle, ist kein leichtes Problem. Herr Prof. Zachariä [42]) erklärt sich die Sache so: Durch die servitus oneris ferendi wird die Mauer des Andern zu einem Theile meines eigenen Hauses. Soll mein Haus fortdauern, so muß auch diese Mauer in baulichem Wesen erhalten werden. Kann ich, vermöge dieser Servitut, die Mauer meines Nachbaren als einen Theil meines Eigenthums betrachten, so kann ich sie auch, wenn sie baufällig ist, wieder herstellen. Mithin ist die Verbindlichkeit des Nachbarn, diese Mauer zu erhalten, keine Verbindlichkeit, die er mir, sondern die er sich selbst schuldig ist, um das Eigenthum daran, ungeachtet jener Servitut, ferner zu behaupten. Unter dieser Voraussetzung lasse sich nun nicht nur der vom **Labeo** angeführte Grund: hanc servitutem non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere, vollkommen erklären; sondern jetzt werde man auch den **Ulpian** verstehen, wenn er in der angeführten *L.* 8. §. 2. *D. Si serv. vind.* sage: locum habet haec actio ad compellendum vicinum, reficere parietem *meum*; warum er hingegen auf die servitus tigni immittendi dieses nicht ausgedehnt wissen wolle. Ich verkenne den Scharfsinn nicht, wodurch sich diese Erklärung vor andern auszeichnet, allein sie scheint mir dennoch zu vielen Zweifeln unterworfen zu seyn, um ihr Beyfall geben zu können. Die Ansicht, daß durch die S. oneris ferendi die Mauer des Andern zu einem Theile meines eigenen Hauses werde, bestätiget sich durch die angeführte Stelle nicht. Denn der Ausdruck *paries meus*, den die *L.* 8.

42) In Hugo civil. Magazin 2. Band S. 339.

gebraucht, soll, wie auch Westphal[43]) schon bemerkt hat, offenbar nichts anders heißen, als paries, *qui mihi servit.* So versteht ihn schon die Glosse[44]), und man kann ihn auch nicht anders verstehen, wenn man nicht mit *L.* 4. *pr. D. eodem*, und mit dem Satz in Widerspruch gerathen will, res propria non servit. Und wie könnte denn wohl unter der Voraussetzung, die Verbindlichkeit des Andern, die dienende Mauer zu erhalten, sey keine Verbindlichkeit, die er mir, sondern die er sich selbst schuldig sey, um das Eigenthum daran ferner zu behaupten, eine Klage gegen denselben Statt haben ad compellendum vicinum reficere parietem servientem ad onera mea sustinenda? Einen andern Grund giebt Herr Justizrath Emminghaus[45]) an, nämlich man sey bey der servitus oneris ferendi darum von der Regel des gemeinen Rechts abgewichen, quia reipublicae interest, ne urbs ruinis deformetur. Allein dieser Grund dürfte wohl auch bey der servitus tigni immittendi eintreten, bey welcher doch der dominans den Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks zu keiner Refection nöthigen kann. Noch anders erklärt sich darüber Heinrich Georg Wittich[46]). Der Grund, sagt er, warum bey der servitus oneris ferendi der Eigenthümer des dienenden Hauses die Reparationskosten übernehmen muß, liegt in der eigenthümlichen Beschaffenheit der Servitut, nach welcher das

43) De libert. et servitutib. praedior. §. 575. not. 510.

44) Accursius macht ad L. 8. §. 2. D. Si servit. vindic. bey dem Wort *Meum* die Bemerkung: id est, mihi servientem, et ita aliquid dicitur *meum.*

45) Ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. XI. not. c. in fin.

46) Einfaches System des heutigen Civilrechts. 2. Bd. §. 203.

das berechtigte Haus keine Aenderung in dem andern Hause vornimmt, nicht z. B. ein Loch in der Wand anbringt, und so Veranlassung zu Reparationen ist, sondern sich des Hauses blos als Unterlage bedient, wodurch, wenn die Bauart solide ist, keine Reparationen nothwendig werden. Allein nach dieser Erklärung würde es keiner besondern Uebereinkunft bedürfen, um den Eigenthümer des dienstbaren Gebäudes zur Reparatur zu verpflichten, welche doch in den von der servitus oneris ferendi sprechenden Gesetzen überall als Bedingung vorausgesetzt wird. Es bleibt also immer die Frage unbeantwortet, warum gerade bey dieser Servitut das pactum de reficiendo jeden dritten Besitzer verpflichte? Es ist wohl der Mühe werth, auch einen der ältern Interpreten hierüber zu vergleichen. Am ausführlichsten hat sich hierüber **Franz Connanus**[47]) erklärt. *Quae autem sit in hac servitute* (sc. oneris ferendi) *ratio, si quaeratur*, sagt dieser würdige Civilist, *non alia assignari potest, quam quod verba obligationis ita concepta sunt, ut reficere debeat is, cuius res servit. Quum enim pariete tuo onus meum sustinere debeas, paries autem nequeat esse perpetuus, nisi reparetur, tacite videris obligatus ad eum reficiendum, et ita tuendum, ut oneri ferendo par esse possit. Itaque ex natura servitutis nihil aliud, quam patientiam praestare tenetur: sed quia murus aeternus esse non potest, rei imbecillitas facit, ut cogatur reficere, ut sit portando oneri idoneus. — Aliud dicendum in servitute tigni immittendi, cuius imponendae verba non hoc significant, ut is, qui eam debet, aliquid faciat. Sic enim concipitur, ut in parietem tuum liceat mihi tignum immittere. Satis est, te permittere,*

47) Commentarior. iuris civ. L. IV. Cap. 7. pag. 251. sq.

ut immittam: et ſi caducus ſit paries, ego meo periculo immittam, aut, ſi velim refici parietem, ſolutus es obligatione ſervitutis, ſi me patiaris reparare.

Connanus iſt allerdings der Wahrheit am nächſten gekommen. Es wird ſich dieſes noch aus einer Stelle des Paulus näher ergeben, welcher *L.* 33. *D. de ſervitut. praedior. urbanor.* ſagt: Eum debere columnam reſtituere, quae onus vicinarum aedium ferebat, *cuius eſſent aedes, quae ſervirent*, non eum, qui imponere vellet. Nam cum in *lege aedium* ita ſcriptum eſſet: PARIES ONERI FERUNDO, UTI NUNC EST, ITA SIT, ſatis aperte ſignificari, *in perpetuum parietem eſſe debere.* Non enim hoc his verbis dici, ut in perpetuum idem paries aeternus eſſet, quod ne fieri quidem poſſet, ſed *uti eiusdem modi paries in perpetuum eſſet, qui onus ſuſtineret.* Quemadmodum ſi quis alicui caviſſet, ut ſervitutem [48]) praeberet, quae [49]) onus ſuum [50]) ſuſtineret: ſi ea res, quae ſervit, et tuum onus ferret, periſſet, alia in locum eius dari debeat. Der wahre Grund lag alſo in der beſondern Art, wie die ſervitus oneris ferendi conſtituirt wurde. Denn die Formel: *paries oneri ferundo, uti nunc eſt, ita ſit*, erklärte man natürlich ſo, daß bey dieſer Servi-

48) *Ant.* FABER in Rational. ad L. 33. will ſtatt ſervitutem lieber *ſervientem* ſc. parietem leſen. Allein ohne Noth. S. WESTPHAL §. 574. not. a. pag. 365.

49) So lieſet die Haloandrina ſowohl als die Vulgata richtiger ſtatt *qui*, wie Brenkmann in der Gebauerſchen Ausgabe bey dieſer Stelle bemerkt hat.

50) Statt *onus ſuum* will Weſtphal a. a. O. lieber onus tuum leſen; allein die gemeine Leſeart läßt ſich ſehr gut erklären.

Servitut der Eigenthümer die lasttragende Wand in baulichem Stande erhalten müsse, und sahe daher diese Verbindlichkeit gegen die Natur der Servituten, welche sonst kein Recht geben, von dem Eigenthümer des dienenden Gutes zum Nutzen des herrschenden eine positive Handlung zu fordern, als einen Theil der Servitut an. Mit Recht sagt daher Ulrich Huber [51]): *Paulus* in *L.* 33. *D. de serv. praed. urb.* ideo servientem ad reficiendum teneri scribit, quia in *lege aedium*, id est, in pactione de servitute scriptum erat ita: *Paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit*, quibus verbis satis aperte significatum erat, parietem in perpetuum esse debere in eo statu, ut onus impositum sustinere posset, idque eum, qui id in se receperat, ita promisse videri. Dem Einwurf, welchen Aquilius Gallus dagegen machte, *non posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur*, suchte Labeo, wie Ulpian *L.* 6. §. 2. *D. Si serv. vind.* ebenfalls bemerkt, dadurch zu begegnen, daß, dieser Verbindlichkeit ungeachtet, dennoch auch bey der servitus oneris ferendi nicht die Person des Besitzers, sondern das Grundstück selbst der Gegenstand der Dienstbarkeit sey. Daher könne sich der serviens von dieser Verbindlichkeit dadurch loßmachen, wenn er die Sache derelinquirt. Denn die Verbindlichkeit zur Refection trifft ihn nur als Besitzer, und muß also aufhören, sobald sein Besitz aufhört [52]). Es ist auch, wie noch in der *L.* 8. *pr.* D. *eodem* hinzugefügt wird, der Eigen-

51) Praelect. iuris civ. ad Pandect. h. t. §. 2.

52) S. *Ev.* OTTO de vita, studiis, scriptis et honorib. Servii Sulpicii. Cap. VI. §. 2. in fin. (in *Thes. iur Rom.* Tom. V. pag. 1588.) und WESTPHAL §. 574. not. b.

thümer des dienenden Grundstücks nicht schuldig, das herrschende Gebäude während der Reparation mit Stützen zu versehen. Aus dem Allen ergiebt sich nun als unläugbare Wahrheit,

1) daß in der Regel nicht dem Herrn des dienenden, sondern dem Eigenthümer des herrschenden Grundstücks die Reparatur des zur Ausübung der Dienstbarkeit nöthigen Werks zur Last falle. Die Worte der L. 6. §. 2. *D. Si servit. vindic.* In omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem asserit, non ad eum, cuius res servit, setzen diese Regel außer allen Zweifel[53]). Wenn man dagegen einwenden will, daß diese Worte blos auf die Meinung des Gallus bezogen werden müßten, welche hier nur, als die Meinung eines dissentirenden Rechtsgelehrten, vom Ulpian angeführt werde, und daß sie folglich, als ein bloßer Zweifelsgrund, keine gesetzliche Kraft hätten[54]); so ist dieses eine leere Ausflucht. Der Zusammenhang lehrt vielmehr, wie auch Ulrich Huber[55]) ganz richtig bemerkt hat, daß Ulpian jene Worte hinzugefügt habe, um die Regel festzusetzen, von welcher die Praxis, nach der Meinung des Servius Sulpicius, bey der servitus oneris ferendi eine Ausnahme gemacht hat. Diese Erklärung wird auch durch die Basiliken[56]) bestärkt, in welchen die *L. 6. §. 2. cit.* im Wesentlichen auf folgende

53) Man vergleiche noch insonderheit *L. 1. §. ult. D. de aqua et aquae pluviae arc.* und darüber WESTPHAL §. 41. not. c. pag. 46.

54) S. RICHTERI Dissertat. cit. §. 6. in fin.

55) Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. pag. 361.

56) Tom. VI. Lib. LVIII. Tit. 5. Fr. 6. pag. 771.

de Art ausgedruckt ist: Επὶ πασῶν τῶν δουλειῶν ὁυ τῶ δουλέυοντι, ἀλλὰ τῶ δουλευομένῳ ἡ Φιλοκαλία ἐπίκειται: πλὴν τῆς περὶ τὲ Φέρειν τὰ βάρη τὲ γείτονος. i. e. nach der lateinischen Version des Fabrotus: *In omnibus servitutibus refectio non ei, cuius res servit, sed, qui sibi servitutem adserit, incumbit: excepta servitute sustinendi onera vicini.* Der stärkste Beweis für jene Regel liegt jedoch unstreitig in der beygefügten Exception. Wie hätte denn wohl unter den Römischen Rechtsgelehrten ein Streit darüber entstehen können, ob bey Errichtung der servitus oneris ferendi durch Vertrag festgesetzt werden könne, daß der Eigenthümer des dienstbaren Gutes die Reparatur der Mauer übernehmen solle; wenn es schon an sich Regel wäre, daß der Serviens den zur Ausübung der Servitut erforderlichen Gegenstand auszubessern verpflichtet sey? Aus den angeführten Gesetzstellen erhellet ferner,

2) daß es auch bey der servitus oneris ferendi bey der Regel bleiben würde, nach welcher dem domino praedii dominantis die Refection zur Last fällt, wenn es nicht bey Errichtung der Dienstbarkeit bedungen worden, daß der Herr des dienenden Grundstücks die lasttragende Mauer auszubessern schuldig seyn solle. Nicht nur die Worte in der *L.* 6. §. 2. *D. Si servit. vind.* aedificia reficiat *ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est*; wenn man besonders §. 5. damit verbindet, wo es heißt: Modus autem refectionis in hac actione *ad eum modum* pertinet, *qui in servitute imposita continetur*: forte, ut reficiat *lapide quadrato*, vel *lapide structuli*, vel *quovis alio opere*, *quod in servitute dictum est*; sondern auch vorzüglich die *L.* 33. *D. de servitut. praedior. urbanor.* wo

aus-

ausdrücklich gesagt wird: cum *in lege aedium* ita scriptum esset: Paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit, etc. deuten unwidersprechlich auf einen Vertrag hin. Es läßt sich also hier eine Anomalie nur in sofern annehmen, als jeder Besitzer des dienenden Gutes [57]) vermöge dieses Vertrags die Mauer auf seine Kosten ausbessern lassen muß; keinesweges aber läßt sich behaupten, daß die servitus oneris ferendi, wie viele [58]) glauben, eine solche servitus annomala sey, daß der serviens auch ohne Vertrag zur Refection gehalten sey [59]). Als etwas Besonderes

57) Hat jedoch ein Anderer den Nießbrauch an dem dienstbaren Hause, so kann die Refection nicht von dem Usufructuar, sondern bloß von dem Proprietar verlangt werden. So ist *L. 1. §. 1. D. de servit. praedior. urb.* zu verstehen, in welcher es heißt: Si ususfructus tuus sit, aedium proprietas mea, quae onera vicini sustinere debeant, mecum in solidum agi potest, tecum nullo modo, wie *Ian. a* COSTA in Praelectionib. ad illustr. quosd. Titulos iuris civ. pag. 65. und *Iac.* CUJACIUS in Commentar. ad libros *Pauli* ad Edictum in Lib. XXI. eiusq. L. I. §. 1. cit. (*Operum postumor.* Tom. II. pag. 329. *Paris 1658.* f.) gezeigt haben.

58) *Arn.* VINNIUS in Comm. ad §. 1. I. de Servitut. nr. 3. *Conr.* RITTERSHUSIUS Commentar. ad §. eund. Institut. pag. 189. *Claud.* CANTIUNCULA in Paraphras. in tres priores Institution. civil. libros Lib. II. Tit. 3. pag. 242. *Herm.* VULTEJUS in Comment. in Institut. ad §. 1. de Servitutib. pag. 183. *de* BERGER in Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 10. not. 1. u. a. m.

59) S. *Ev.* OTTONIS Commentar. ad §. 1. I. de Servitutib. nr. 2. *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Annotat. in *Vinnii* Commentar. in Institut. §. 1. Tit. de Servitut. Num. 3. *Io. Frid.* WAHL Meletemat. de Servitutibus. *Goettingae 1748.* Melet. V. nr. 2. und HAUBOLD ad *Bergeri* Oecon. iuris c. l. not. l. pag. 333.

res pflegt jedoch bey dieser Servitut noch bemerkt zu werden, daß, wenn das dienstbare Haus mehreren Eigenthümern zugehört, wegen der Refection nicht gegen jeden in solidum geklagt werden könne, sondern alle zugleich belangt werden müssen, und daher ein jeder nur pro sua rata verpflichtet sey [60]).

§. 662.

Manigfaltigkeit des Vortheils bey Prädial-Servituten, und dazu erforderliche Nachbarschaft der beyden Grundstücke.

Bey Real-Servituten dient oder nützt ein Grundstück dem andern. Dieser Nutzen, den das herrschende Gut aus dem dienenden zieht, ist nun auf verschiedene Art denkbar. Er kann entweder in einer Bequemlichkeit des Zugangs oder der Ausfuhr bestehen, wie bey der servitus itineris, actus, und viae; oder in einer besondern Annehmlichkeit, welche dadurch dem herrschenden Gute verschafft wird, wie bey der servitus prospectus et ne prospectui

60) *L. 6. §. 4. D. Si servit. vindic.* Si aedes plurium dominorum sint, an in solidum agatur, *Papinianus* libro tertio Quaestionum tractat. Et ait, singulos dominos in solidum agere, sicuti de caeteris servitutibus, excepto usufructu, sed non idem respondendum inquit, *si communes aedes essent, quae onera vicini sustinerent.* S. *Franc.* BROEUS in Expositionib. in Iustiniani Institut. Lib. II. Tit. 3. §. 13. *Ge.* FRANTZKIUS in Commentar. in XXI. libros Pandectar. Lib. VIII. Tit. 2. nr. 8. und WESTPHAL §. 980. *Ant.* FABER in Rational. ad L. cit. Tom. II. P. II. pag. 249. setzt den Grund darin, weil ein Miteigenthümer ohne Wissen und Einwilligung des andern keinen Bau auf der gemeinschaftlichen Sache unternehmen könne. *L. 12. et 28. D. Communi divid.*

ſpectui officiatur; oder in einer Vermehrung des reinen Ertrags, wie bey der ſervitus paſcendi, ſervitus aquae ductus, aquae hauſtus; oder in Erhaltung gewiſſer natürlicher Vortheile, welche dem herrſchenden Gute ſonſt durch nachtheilige Eigenthumshandlungen des Nachbarn entzogen werden könnten, wie bey der ſervitus altius non tollendi, und ne luminibus officiatur; oder in einer Erweiterung des herſchenden Gebäudes, wie bey der ſervitus oneris ferendi, tigni immittendi, proiiciendi und protegendi; oder in einer Wiederherſtellung der vorher beſchränkt geweſenen natürlichen Freyheit des Eigenthums, wie bey der ſervitus altius tollendi, und ſtillicidii aut fluminis non recipiendi; oder in einer Exoneration des herrſchenden Grundſtücks, wie bey der ſervitus fumi, ſtillicidii vel fluminis recipiendi, und cloacae; oder in irgend einem andern möglichen Vortheil. Ueberhaupt kann Privatwillkühr und Uebereinkunft der Intereſſenten den Gegenſtand und Nutzen dinglicher Dienſtrechte auf ſo mancherley Art feſtſetzen, als ſie will, und hiervon hängt vorzüglich das beſondere Recht der einzelnen Dienſtbarkeiten ab [61]).

Auf jeden Fall wird jedoch erfordert, daß beyde Grundſtücke, das herrſchende und das dienende, vermöge ihrer natürlichen Lage, in einer ſolchen Beziehung ſeyn müſſen, daß das dienende Gut den beabſichtigten Vortheil auch wirklich gewähren kann. Es darf alſo zwiſchen beyden Grundſtücken nichts liegen, wodurch die Gewährung jenes Vortheils und die Ausübung der Servitut verhindert und unmöglich gemacht würde. Daher der Grundſatz des Römiſchen

61) S. HUFELANDS Pandectencompendium §. 288.

schen Rechts: *Vicina debent esse praedia, quorum alterum alteri servitutem debet*[62]). Viele[63]) wollen hier einen Unterschied machen zwischen servitutes urbanae und rusticae. Sie behaupten, daß zwar letztere durchaus zwey benachbarte Grundstücke erforderten, und ein mitten inne liegendes drittes der Einräumung und Ausübung derselben schlechterdings entgegen sey, wofern nicht der Eigenthümer des in der Mitte liegenden Grundstücks einen Durchgang erlaubt, welcher die Ausübung der Servitut möglich macht; bey den erstern hingegen sey ein so genauer Zusammenhang der Grundstücke nicht nöthig. Eine solche Servitut könne existiren, wenn auch ein mitten inne liegendes praedium das herrschende und dienende von einander trennen sollte. Denn auch in der Entfernung lasse sich eine servitus urbana gedenken, z. B. die servitus altius non tollendi. Allein mit Recht hat schon der gelehrte Bachov Echt[64]) dagegen erinnert, daß es nicht sowohl auf jenen Unterschied, als vielmehr theils auf die einzelnen Arten der servitutum urbanarum und rusticarum, theils darauf ankomme, ob der zwischen dem herrschenden und dienenden Grundstück liegende Platz ein locus publicus oder privatus sey. Denn so giebt es

1) ser-

62) *L. 5. §. 1. D. de servitut. praed. rusticor. L. 7. §. 1. D. eodem. L. 38. L. 39. D. de servitut. praedior. urbanor.* S. den 9. Th. §. 621. S. 17. f. und MOECKERT Diss. de vicinia et conspectu praediorum. *Rintelii 1776.*

63) *Herm.* VULTEJUS in Commentar. in Institut. iuris civ. ad princ. Tit. de Servitutib. nr. 12. et 13. und Münter von den Servituten. §. 69.

64) Not. et Animadversion. ad *Treutlerum* Vol. I. Disputat. XVII. Th. I. Lit. B. ad verb. *Praedii vicinitatem.* pag. 656.

1) servitutes urbanae, welche einen genauen Zusammenhang der Gebäude erfordern, um ausgeübt werden zu können, z. B. die servitus oneris ferendi, tigni immittendi, protegendi, projiciendi, fluminis et stillicidii recipiendi, et non recipiendi [65]). Nur die servitus altius non tollendi hat das Eigenthümliche, daß sie nicht gerade das nächstbenachbarte Haus zu ihrem Gegenstande erfordert, sondern daß auch ein entfernterer Nachbar sie ausüben kann, insofern nämlich die höhere Aufführung des dienenden Hauses ihm zum Nachtheil gereichen würde. Es läßt sich daher bey dieser Servitut der Fall als möglich denken, daß zwischen dem Hause, welches mit der Servitut, nicht höher bauen zu dürfen, belegt ist, und demjenigen, zu dessen Nutzen das Servitutrecht constituirt worden ist, ein drittes, niedriges, mit keiner Servitut beschwertes Gebäude liegt. Denn in einer engen Straße könnte mir leicht durch das Höherbauen des entferntern Nachbars Licht oder Aussicht benommen werden, wenn ich auch von meinem nächsten Nachbar deshalb nichts zu besorgen hätte. Allein es ist auch sehr natürlich, daß der Nutzen der Servitut nur so lange dauert, als der Inhaber des Mittelgebäudes sein Haus nicht erhöhet. Denn geschieht dies, welches ich nicht hindern kann, so habe ich auch kein Widerspruchsrecht, wenn der entferntere Nachbar, auf dessen Hause die servitus altius non tollendi haftet, nun sein Haus ebenfalls höher bauet. Sollte jedoch der nächste oder mittlere Nachbar sein Haus noch vor dem Ablauf des Zeitraums

65) *L. 1. princ. D. de Servitut. praedior. urb.* Die meisten Servitutes urbanae sind also von der Art, daß sie aneinanderstoßende Gebäude (praedia contigua) erfordern. S. WESTPHAL de libert. et servitut. praed. §. 581.

raums wieder abtragen und erniedrigen, in welchem Servituten durch Verjährung erlöschen, so wacht die Servitut gegen den entfernteren Nachbar wieder auf, und das Vindicationsrecht ist gegen ihn begründet. Folgende Gesetzstellen verdienen hier einen Platz.

L. 4. §. 8. *D. Si servit. vindicet.* Si cui omnino *altius tollere non liceat*, adversus eum recte agetur, ius ei non esse tollere. Haec servitus et ei, qui ulteriores aedes habet, deberi poterit.

L. 5. *D. eodem.* Et ideo, si inter meas et Titii aedes tuae aedes intercedant, possum Titii aedibus servitutem imponere, *ne liceat ei altius tollere*, licet tuis non imponatur: quia, donec tu non extollis, est utilitas servitutis.

L. 6. *pr. D. eodem.* Et si forte, qui medius est, quia servitutem non debebat, altius extulerit aedificia sua, ut iam ego non videar luminibus tuis obstaturus, si aedificavero, frustra intendes, *ius mihi non esse ita aedificatum habere invito te*: sed si intra tempus statutum rursus deposuerit aedificium suum vicinus, renascetur tibi vindicatio.

Es giebt nun hingegen

2) auch servitutes praediorum rusticorum, welche keinen Zusammenhang oder Angränzen der beyden dazu nöthigen Grundstücke erfordern, sondern Statt haben können, wenn sie gleich durch einen darzwischen liegenden Platz von einander getrennt sind. Dieser Platz kann nämlich entweder öffentliches, oder Privateigenthum seyn. Ein öffentlicher Platz, z. B. eine Heerstraße, oder ein öffentlicher

Fluß,

Fluß, welcher beyde Grundstücke trennt, hindert die servitutes itineris, actus, viae, und aquae haustus nicht, wenn nur der Fluß mit einer Brücke versehen ist, oder eine Wasser-Furth hat, wo man durchwaten, reiten oder fahren kann. Bey der servitus aquae ductus ist es schon anders. Hier muß ich erst eine Erlaubniß vom Landesherrn auswirken, um das Wasser durch den öffentlichen Weg leiten zu dürfen. Folgende Stellen sind hier merkwürdig.

L. 14. §. 2. *D. de servitut.* Publico loco interveniente, vel via publica, *haustus servitus* imponi potest, *aquaeductus* non potest. *A Principe autem peti solet, ut per viam publicam aquam ducere sine incommodo publico liceat.*

L. 18. §. 1. *D. de aqua et aquae pluv. arc.* Sine permissu Principis aqua per viam publicam duci non potest [66]).

L. 1. *pr. D. de servitut. praedior. urban.* [67]) Si intercedat solum publicum, vel via publica: neque *itineris, actusve*, neque altius tollendi servitutes impedit, sed immittendi, protegendi, proiiciendi [68]), item fluminum et

66) Es gehörte, wie Papinian sagt *L.* 1. §. 2. *D. de via publica, et si quid in ea* zum Amt der Aedilen, oder derjenigen Policey-Beamten, welche man *curatores viarum*, oder nach VARRO *de L. L.* Lib. IV. c. 1. *Viocuri* nannte, dahin zu sehen, *ut nullus effodiat vias, neque subruat, neque construat in viis aliquid.* Sie konnten das unternommene Werk einreissen lassen, und Strafen erkennen.

67) In den glossirten oder gemeinen Ausgaben ist diese Stelle *L.* 21. *D. de servitut.*

68) So ist mit Haloander, Baudoza, und Hugo a Porta, statt *prohibendi*, zu lesen, wie die Florentine hat. Die

Ba-

et ſtillicidiorum ſervitutem impedit: quia coelum, quod ſupra id ſolum intercedit, liberum eſſe debet.

L. 17. §. 2. *D. de aqua et aquae pluv. arc. act.* Via publica intercedente, *hauſtus* ſervitutem conſtitui poſſe, placuit: et eſt verum. Sed non ſolum ſi via publica interveniat, ſed et ſi flumen publicum, eodem caſu, quo, interveniente flumine publico, *viae*, *itineris*, *actus ſervitus* imponi poteſt, id eſt, ſi non ſit impedimento tranſeunti magnitudo fluminis.

L. 38. *D. de ſervitut. praed. ruſticor.* Flumine interveniente, via conſtitui poteſt, ſi aut vado tranſiri poteſt, aut pontem habeat. Diverſum, ſi pontonibus trajiciatur [69]).

Iſt hingegen der zwiſchen dem herrſchenden und dienenden Grundſtück liegende freie fundus, Privateigenthum, ſo gehört entweder derſelbe dem zur Servitut berechtigten ſelbſt, oder dem Eigenthümer des dienenden Guts, oder einem

Baſilica Tom. VI. Lib. LVIII. Tit. 1. beſtärken jene Leſeart, welche ἢ ἐξώστην ποιεῖν haben. Nun ſind ἐξῶστα moenia, quae ita producuntur, ut nusquam requiescant, ſed tantum occupent coelum alienum; was man Erker zu nennen pflegt. Unſer Cod. mspt. Erlang. lieſet ebenfalls *proiiciendi.*

69) Die Ausleger ſetzen den Grund dieſes Unterſchiedes darin, weil nicht immer Pontons zum Ueberſetzen bey der Hand ſind. Die cauſa ſervitutis ſey alſo hier nicht perpetua. S. *Franc.* DUARENUS in Commentar. ad L. 38. D. de ſervitut. praed. ruſticor. (*Operum* pag. 199.) *Em.* MERILLIUS in libro ſing. Differentiar. iuris Cap. 6. POTHIER Pandectae Iuſtin. Tom. I. Tit. de ſervitutib. Nr. X. not. k. pag. 255. und WESTPHAL §. 582. not. 515. pag. 370.

einem Dritten. Im ersten und andern Falle steht das mitten inne liegende Grundstück der Ausübung der Dienstbarkeit natürlich nicht im Wege [70]). Denn der Eigenthümer des dienenden Grundstücks muß alles gestatten, ohne welches das Dienstrecht nicht ausgeübt werden kann [71]). In dem letztern Falle hingegen hindert das praedium intermedium die Servitut [72]), wofern nicht etwa der Eigenthümer des in der Mitte liegenden Grundstücks den Durchgang, oder sonstigen Gebrauch desselben erlaubte, welcher die Ausübung der Servitut möglich macht [73]); oder aber diese Ausübung auch ohne den Gebrauch des in der Mitte liegenden Grundstücks möglich wäre [74]). Noch ist endlich

3) zu

70) *L. 7. §. 1. D. Commun. praedior. L. 17. §. 3. D. de aqua et aquae pluv. arc. act.*

71) *L. 3. §. 3. D. de servitut. praed. rustic. L. 10. D. de servitut. praed. urb.* S. *Car. Frid.* WALCH Diss. de aquae hauriendae servitute. *Ienae 1754.* §. 10.

72) *L. 7. §. 1. D. de servit. praed. rustic.*

73) *L. 17. §. 4. D. de aqua et aquae pluv. arc. act. L. 31. D. de servit. praed. rusticor.* Z. E. Titius erlaubt mir aus seinem Bache eine Wasserleitung, zwischen meinem und des Titius Grundstück liegt aber des Cajus Acker. Bewilligt mir letzter die Befugniß, meine Canäle durch seinen Fundus zu leiten, so steht nun der Servitut nichts im Wege. Ohne diese Vergünstigung ist mir die Servitut nichts nütze. Denn nöthigen kann ich den Cajus dazu nicht. *Petr.* DUIRSEMA in Conjectural. iuris civ. Lib. I. cap. 5. pag. 87. sq. hat daher die *L. 17. §. 3. D. de aqua pluv.* offenbar falsch verstanden, welche unläugbar blos von dem Falle redet, da der fundus intercedens dem servienti selbst zugehört. S. POTHIER Pandectae Iustin. c. l. Nr. XI. pag. 256. und WESTPHAL §. 584.

74) S. DUARENUS in Comm. ad L. 14. §. 2. D. de servitut. und WESTPHAL §. 585.

3) zu bemerken, daß wenn der Eigenthümer von zwey Grundstücken eins verkauft, und der Verkäufer bey der Tradition entweder dem verkauften Grundstück eine Servitut aufgelegt, oder demselben auf seinem zweyten, nicht verkauften Prädium, eine Servitut constituirt hat, es zwar nach **Ulpian** *L.* 6. *pr. D. Commun. praedior.* gar nichts darauf ankommen soll, ob die beyden Grundstücke benachbart sind, oder nicht. Es heißt nämlich: Si quis *duas aedes* habeat, et alteras tradat, potest legem traditioni dicere: ut vel istae, quae non traduntur, servae sint his, quae traduntur, vel contra: ut traditae retentis aedibus serviant: *parvique refert*, *vicinae sint ambae aedes*, *an non.* Idem erit et *in praediis rusticis.* Vergleicht man jedoch damit die *L.* 7. §. 1. *D. eodem*, wo **Paulus** sagt: Interpositis quoque alienis aedibus imponi potest: veluti, *ut altius tollere*, vel *non tollere liceat*: vel etiam si *iter* debeatur, ut ita convalescat, *si mediis aedibus servitus postea imposita fuerit*, sicuti per plurium praedia servitus imponi etiam diversis temporibus potest. Quamquam dici potest, si tria praedia continua habeam, et extremum tibi tradam, vel tuo vel meis praediis servitutem acquiri posse. *Si vero extremo, quod retineam*, *quia et medium meum sit*, *servitutem consistere*: sed si rursus aut id, cui adquisita sit servitus, aut medium alienavero, interpellari eam, donec medio praedio servitus imponatur; so läßt sich wohl nicht füglich behaupten, daß **Ulpian** in jenem Falle eine besondere Ausnahme habe machen wollen, sondern man wird auch hier, wie schon die Natur der Sache lehrt, voraussetzen müssen, daß die Ausübung der constituirten Servitut ihrer Art nach möglich sey, ohne daß dieselbe durch das praedium

intermedium gehindert wird. Nur unter dieser Bedingung läßt sich mit **Ulpian** annehmen, daß es nicht darauf ankomme, ob die praedia benachbart sind, oder nicht, wie insonderheit auch schon **Hugo Donellus** [75]) sehr gründlich ausgeführt hat.

§. 663.

Causa perpetua bey Prädial-Servituten.

Aus den bisher entwickelten Grundsätzen, besonders aber aus dem Begriff von Prädial-Servituten, nach welchem ein Prädium dem andern durch sich selbst, d. i. durch seine natürliche Beschaffenheit, nützt, läßt sich ferner der Satz des Röm. Rechts erklären, daß Prädial-Servituten eine causa perpetua haben müssen. Worin jedoch diese *causa servitutis perpetua* bestehe, wird von den Rechtsgelehrten auf sehr verschiedene Art erklärt. Bald versteht man unter der *causa* das Object der Servitut, bald den Zweck, wozu die Servitut constituirt worden ist, bald die Form der Servitut, oder diejenige Eigenschaft derselben, daß sie dem herrschenden Gute den Vortheil gewährt, um dessen willen sie constituirt worden ist [76]). Allein *causa ser-*

75) Commentar. iuris civ. Lib. XI. cap. 2. Man sehe auch BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. XVII. Th. I. lit. B. pag. 656.

76) Man sehe *Io.* SUPERIOR Comment. de servitutib. ad. L. 12. pr. D. de servitut. nr. 4. *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. XI. cap. 3. *Franc.* DUARENUS Commentar. ad L. 28. D. de servitut. praedior. urban. *Oper.* pag. 195. *Guil.* MARANUS Paratitl. Dig. pag. 259. *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris. civ. Lib. XI. cap. 3. *Ger.* NOODT Commentar. ad Pand. Lib. VIII. Tit. 4. *Operum*

servitutum ist vielmehr die Bedingung, von welcher die Ausübung der Servitut ihrer Möglichkeit nach abhängt. Da nun bey Prädial-Servituten nicht von bloßen persönlichen Vortheilen die Rede ist, sondern dadurch einem Grundstücke selbst ein nützliches Recht erworben wird, zu dessen Ausübung blos die Existenz eines dienstbaren Guts erforderlich ist, welches diesen Vortheil an sich gewähren kann; so liegt nun auch hierin, und in der perpetuirlichen Existenz dieser Grundstücke der Begriff der causae servitutum perpetuae. Diese *perpetuitas causae* erfordert also,

1) daß dasjenige, wodurch die Ausübung der Servitut möglich wird, durch die Naturbeschaffenheit und Zweckbestimmung beyder Grundstücke bewirkt, und mithin

2) mit diesen Grundstücken selbst immerwährend vorhanden seyn müsse, ohne von positiven Handlungen des Eigenthümers des dienenden Grundstücks abhängig zu seyn. Ob von Seiten des Eigenthümers des berechtigten Guts zur Ausübung der Dienstbarkeit Handlungen erfordert werden, oder nicht, kommt in keine Betrachtung. Die Richtigkeit der gegebenen Erklärung, welche ich vorzüg-

Operum. Tom. II. pag. 222. *M. Aurel.* GALVANUS de usufructu Cap. XII. §. 5. pag. 111. und Cap. XXXIX. §. 10. pag. 564. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Dig. Lib. VIII. Tit. 4. §. 6. *Io.* SCHILTER Prax. Iur. Rom. Exercit. XVIII. §. 13. sq. *Pet.* DUIRSEMA Conjectur. iur. civ. Lib. I. Cap. 5. §. 4. pag. 92. sqq. *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Diss. de causa servitutum perpetua. *Halae 1738.* und WESTPHAL de lib. et servitut praedior. §. 550—556.

lich dem Herrn Prof. Zachariä [77]) verdanke, wird sich aus den Gesetzstellen rechtfertigen, welche jenen Grundsatz enthalten. Hierher gehört

1) *L.* 28. *D. de servitutib. praedior. urb.* wo **Paulus** sagt: Foramen in imo pariete conclavis, vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse, neque tempore adquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex coelo aquae veniat: *neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit.* At quod ex coelo cadit, etsi non assidue fit, *ex naturali tamen causa fit*: et ideo *perpetuo* fieri existimatur. *Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent*: et ideo neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquae ductus potest. Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet. Dieses Fragment enthält

a) den Grundsatz selbst, daß Prädial-Servituten eine causa perpetua haben müssen. Da **Paulus** hier über den **Massurius Sabinus** commentirt, aus dessen *libro* 15. *ad Sabinum* diese Stelle entlehnt ist, so lehrte ohne allen Zweifel schon **Sabinus** selbst diesen Satz. Ja es sind die Worte: *Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent*, wahrscheinlich die eignen Worte des **Sabinus**, wie **Franz Duaren** [78]) hierbey sehr richtig bemerkt hat. Es ist auch merkwürdig, daß über diesen Grundsatz nie zwischen den **Sabinianern** und **Prokulianern** gestritten worden ist.

b) Setzt

77) Lehre des R. R. von dinglichen Servituten §. 13. In Hugo civilist. Magazin. 2 B. S. 343. ff.

78) Commentar. ad L. 28. D. de servitut. praed. urb. *Operum* pag. 195.

b) Setzt hier **Paulus** demjenigen, *quod perpetuam cauſam habet*, das entgegen, *quod manu fit*, und ſagt, das habe eine cauſam perpetuam, *quod ex naturali cauſa fit.* Es iſt hier zu bemerken, daß unter dem, *quod manu fit*, nicht dasjenige verſtanden werden ſoll, was überhaupt durch Menſchenhände geſchieht, und bewirkt wird. Denn es giebt mehrere Servituten, bey welchen der Gegenſtand, der zu ihrer Ausübung erfordert wird, von Menſchenhänden gemacht iſt, z. E. die Mauer, bey der ſervitus oneris ferendi und tigni immittendi, der Kamin bey der ſervitus fumi immittendi; und doch wird Niemand läugnen, daß dieſe Servituten eine cauſa perpetua haben. *Quod manu fit*, heißt vielmehr hier ſoviel, als quod manuaria domini praedii ſervientis opera perficitur. Es wird uns die nähere Entwickelung des Falles, von dem hier **Paulus** redet, von der Richtigkeit dieſer Erklärung noch mehr überzeugen. Ich mache mit meinem Nachbar den Vertrag, daß er mir durch ſeine Leute das zur Reinigung meiner Fußböden in meinem Gebäude nöthige Waſſer durch eine Oeffnung, die ich deshalb in meiner Wand gemacht habe [79]), in einer zu dieſem Zweck angebrachten Rinne aus ſeinem Brunnen ſolle pumpen laſſen. Dies iſt eigentlich der Fall, von dem **Paulus** redet; nicht aber der, welchen man gewöhnlich hier unterſtellt, daß ich nämlich die Oeffnung in meiner Wand dazu gemacht hätte, um das Waſ-

79) Accurſius in Gloſſa ad L. 28. cit. nimmt den Fall an, daß die Oeffnung (foramen) in der Wand des Nachbars gemacht worden ſey. Ihm ſtimmt auch HUBER in Praelect. ad Pand. Lib. VIII. Tit. 4. §. 7. bey. Allein in dem Geſetz wird dies nicht geſagt. Es iſt auch zu dieſer Vorausſetzung keine Nothwendigkeit vorhanden.

ser, womit meine Fußböden abgespült worden, in meines Nachbars Grundstück abzulassen [80]). Denn wenn dies der Sinn wäre, so könnte es nicht heißen: foramen, quod esset *proluendi pavimenti causa*; sondern es müßte heißen: foramen, quod esset *emittendae proluviei causa*, wie auch Heineccius [81]) ganz richtig bemerkt hat; und dann könnte auch von keiner servitute fluminis die Rede seyn, sondern dies wäre alsdann eine wahre servitus cloacae [82]). Daß nun jener Vertrag gültig eingegangen werden könne, hat keinen Zweifel. Allein er bewirkt nur eine persönliche Verpflichtung, begründet hingegen keine Servitut. Wie aber, wenn ich schon seit zehen Jahren auf solche Art das Pumpenwasser meines Nachbars benutzt hätte, könnte man nicht sagen, ich hätte nun wenigstens durch Verjährung die Servitut meinem Grundstück erworben? Nein, denn es fehlt hier ganz an der wesentlichen Bedingung einer Prädial-Servitut, nämlich an der causa perpetua. *Neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit.* Hier würde ein Handdienst des Eigenthümers des dienstbaren Guts die Bedin-

80) Man sehe z. B. *Io. Iac.* WISSENBACHII Exercitation. ad Pand. Disp. XX. §. 13. POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. Lib. VIII. Tit. I. Nr. XVI. not. c. pag. 257. und *Abr.* HAVERKAMP specim. ad *Constantini Harmenopuli* Promtuarii L. II. Tit. IV. §. 34. Ad L. 13. pr. π. de servitut. praedior. rustic. et L. 28. π. de servit. praed. urban. *Lugd. Batav. 1738.* Cap. III. (in OELRICHS Thes. *Dissertation. iuridic. in academ. Belgic. habitar.* Vol. I. Tom. III. pag. 60. sqq. und vergleiche dagegen *Ulr.* HUBERI Eunomia Rom. ad L. 28. D. de servitut. praed. urb. §. 8. pag. 372.

81) Diss. de causa servitutum perpetua §. 29.

82) *L. 1. §. 4. D. de cloacis.*

dingung der Möglichkeit der Servitut seyn, welche doch vielmehr durch die Natur beyder Grundstücke selbst gegeben seyn muß. Ein Anders wäre, wenn mein Nachbar, vermöge des geschlossenen Vertrags, leiden müßte, daß ich das Regenwasser von seinem Dache durch Rinnen in einem Wasserbehälter sammlen, und solches durch die in meiner Wand gemachte Oeffnung in mein Gebäude leiten dürfte, um den Fußboden damit abzuspülen [83]). Dies wäre eine wahre Servitut. Quod enim *ex coelo* cadit, etsi non assidue fit, *ex naturali tamen causa fit:* et ideo *perpetuo fieri* existimatur. Hieraus folgt also,

c) was von der Wirkung der Natur abhängt, kann der Gegenstand einer Prädial-Servitut seyn, wenn auch schon die Wirkung nicht ununterbrochen erfolgt, wie Paulus durch das Beyspiel der servitus stillicidii, und fluminis erweißt [84]). Was hingegen nicht benutzt werden kann, ohne daß der Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks

83) Dergleichen Wasserleitungen waren bey den Römern etwas sehr gewöhnliches, nicht blos um Wasser zur Abspülung der Fußböden gleich bey der Hand zu haben; sondern sie hatten auch sowohl in den Vorsälen, als in den Wohnzimmern und besonders in den Speisesälen (triclinium) Fontainen und Bassins. Man s. SENECA *Natur. Quaest.* Lib. III. c. 17. *de tranquill. animi* c. 1. et *Epist.* 100. MARTIAL. Lib. XII. Epigr. 40. SUETON. *in Aug.* c. 81. PAPIN. STATIUS *Silv.* Lib. I. Carm. 2. v. 154. et Carm. 3. v. 37. *Is.* CASAUBONUS ad loc. *Sueton.* cit. *Io.* BRODAEUS Miscellaneor. Lib. V. c. 6. *Ier.* MARCKLANDUS ad loc. *Statii* cit. u. MEURSIUS de luxu Romanor. Cap. 12.

84) Auch bey der servitus aquae ductus kann, wie *L.* 34. §. 1. et *L.* 35. *D. de servitut. praed. rusticor.* gesagt wird, zuweilen die Quelle versiegen, welches dennoch der causae perpetuae nicht entgegen ist.

stücks eine positive Handlung dabey leistet, ist kein Gegenstand einer Prädial-Servitut, obwohl eine persönliche Verpflichtung dabey Statt finden kann, die auch sonst nicht ohne rechtliche Folgen ist [85]).

2) *L.* 23. §. 1. *D. de servitut. praed. rustic.* Si *lacus perpetuus* in fundo tuo est, *navigandi* quoque *servitus*, ut perveniatur ad fundum vicinum, imponi potest.

3) *L.* 1. § 5. *D. de aqua quotidiana.* Loquitur autem Praetor in hoc Interdicto de ea aqua sola, quae perennis est: *nulla enim alia aqua duci potest, nisi quae perennis est.* Mit Recht setzt Pothier [86]) den Grund darin, quia causa servitutum naturalis et perpetua esse debet.

§. 6. Quanquam autem ad perennes aquas dixerimus hoc Interdictum pertinere; ad eas tamen perennes pertinet, *quae duci possunt.* Caeterum sunt quaedam, quae, etsi perennes sunt, *duci tamen non possunt*, utputa puteales, et quae ita sunt summersae, ut defluere extra terram, et usui esse non possint, sed huiusmodi aquis, quae duci non possunt, *haustus servitus* imponi potest.

§. 7. Haec Interdicta de aqua, item de fonte, ad eam aquam pertinere videntur, *quae a capite ducitur*, non

85) Wenn z. E. der Nachbar durch die Oeffnung, welche in der Grundmauer, proluendi pavimenti causa, gemacht worden ist, Schaden leidet, so findet nicht die actio negatoria, sondern die actio ex stipulatione damni infecti, oder actio in factum Statt. *L.* 29. *D. de servitut. praedior. urban. L.* 18. *D. eod.* WESTPHAL de lib. et servit. praed. §. 556. und §. 7. not. 6 pag. 19.

86) Pandect. Iustinian. Tom. III. Lib. XLIII. Tit. 20. Nr. III. Not. b.

non aliunde: *harum enim aquarum etiam ſervitus iure civili conſtitui poteſt.*

§. 8. *Caput aquae* illud eſt, unde aqua naſcitur: ſi ex fonte naſcatur, ipſe fons; ſi ex flumine vel lacu, prima incilia, vel principia foſſarum, quibus aquae ex flumine, vel ex lacu in primum rivum communem pelli ſolent [87]). Plane ſi aqua, ſudoribus manando, in aliquem primum locum effluere, atque ibi apparere incipit: eius hoc *caput* dicemus, ubi primum emergit.

4) L. *un.* §. 4. *D. de fonte.* Hoc Interdictum *de ciſterna* non competit: *nam ciſterna non habet perpetuam cauſam, nec vivam aquam.* Ex quo apparet in his omnibus exigendum, *ut viva aqua ſit.* Ciſternae autem imbribus concipiuntur. Denique conſtat, Interdictum ceſſare, *ſi lacus, piſcina, puteus vivam aquam non habeat.*

Es erhellet aus dieſen Stellen, daß nach der Strenge des Römiſchen Civilrechts auch dasjenige kein Gegenſtand einer Prädial-Servitut ſeyn kann, was zwar von einer Wirkung der Natur herrührt, aber durch den Gebrauch leicht erſchöpft iſt, ſo daß man aus dieſer Urſache den Nutzen nicht beſtändig haben kann. Daher nahm man zum Grundſatz an, daß aus einem ſtagnirenden See, der keine Quellen hat, desgleichen aus einer Ciſterne, die blos vom Regen ihr Waſſer erhält, oder aus einem Sumpfe, welcher

87) Man vergleiche über den Ausdruck *caput aquae Hadr.* TURNEBUS Adverſar. Lib. XXIV. c. 40. *Robert.* TITIUS Locor. controvers. Lib. IV. c. 24. *Casp.* BARTHIUS Adverſar. Lib. XI. c. 24. *Pet.* CIACCONIUS Not. in *Iul. Caeſar.* de bello gall. Lib. IV. c. 4. er in *Pompon. Melam* Lib. II. c. 3. und *Car. Frid.* WALCH Diſſ. de aquae hauriendae ſervitute §. 6.

welcher blos vom Winterwasser zusammengeflossen ist, weder das Recht Wasser zu schöpfen, noch eine Wasserleitung als eine Real-Servitut constituirt werden könne.

5) *L. 2. D. Commun. praedior.* De aqua, sagt hier Ulpian, per rotam tollenda ex flumine vel haurienda, vel si quis servitutem castello imposuerit, quidam dubitarunt, *ne hae servitutes non essent.* Sed rescripto Imperatoris *Antonini* ad Tullianum adjicitur, *licet servitus iure non valuit*, si tamen hac lege comparavit, seu alio quocunque legitimo modo sibi hoc ius adquisiit, tuendum esse eum, qui hoc ius possedit. Ulpian führt hier zwey Beyspiele von Servituten an, welche nach dem strengen Recht nicht gelten. Erstens, wenn mir der Eigenthümer das Recht einräumt, das Wasser mittelst eines Rades zum Nutzen meines Grundstücks aus seinem Fluß zu heben oder zu schöpfen. Zweytens wenn er mir das Recht giebt, Wasser aus seinem castello, d. i. Wasserbehältniß oder Röhrkasten, zu schöpfen. Es ist also hier nicht, wie Grävius [88]) und Heineccius [89]) meinen, von einem öffentlichen Fluß oder öffentlichen Wasserbehälter die Rede [90]). Denn wie hätte sonst ein Zweifel darüber entstehen können, ob jene Servituten gültig constituirt werden könnten, da es sich von selbst verstand, daß keine Privatperson einem öffentlichen Flusse oder einem castello publico eine Servitut auf-

88) Praefat. ad Tom. IV. Thesaur. Antiquitat. Rom.

89) Diss. de causa servitut. perpetua. §. 31.

90) Justinian sagt zwar §. 2. *I. de rer. divis.* Flumina omnia publica sunt. Allein Ulpian theilt die Flüsse *L. 1. §. 3. et 4. D. de fluminib.* ein in flumina *publica* et *privata.*

auflegen kann [91])? Warum man aber die Gültigkeit jener Servituten nach der Strenge des Civilrechts bezweifelt habe, wird von den Auslegern sehr verschieden erklärt. Cujaz [92], dem auch D'Avezan [93]) und Pothier [94]) beystimmen, setzen den Zweifelsgrund darin, weil praedia einer so großen Menge Wassers kaum bedürften, als durch das Wasserrad aus dem Fluß geschöpft wird. Servituten aber nicht über die Bedürfnisse des herrschenden Guts ausgedehnt werden dürften. Ueberdem sey ein castellum kein Quellwasser. Da nun eine Wasserleitungs- oder Schöpfungs-Servitut nur aus einem lebendigen Wasser constituirt werden könne, so fehle es hier an einer causa perpetua. Gegen den letzten Grund ist nichts einzuwenden; allein desto weniger befriediget der erstere. Denn man erwäge, daß sowohl die servitus aquae ductus, als aquae haustus, zu den servitutibus rusticis gerechnet werden [95]). Wer sollte nun wohl daran zweifeln, daß das herrschende Grundstück von solchem Umfange seyn könne, um nicht, besonders in einer dürren Gegend, zur völligen Bewässerung desselben, eines Wasserrades benöthigt seyn? der Gärten und Wasserkünste gar nicht einmal zu gedenken, die der Luxus der Römer auf ihren Landgütern zur Belustigung erfunden hatte, wie

91) *L. 3. §. ult. D. de servitut. praed. rusticor.*

92) Observation. Lib. III. cap. 28.

93) Servitut. libr. P. III. Cap. 18. §. *At quaeri potest.* Tom. IV. *Thesaur. Meermann.* pag. 168. seq.

94) Pandect. Iustinian. Tom. I. Lib. VIII. Tit. 1. Nr. VIII. not. e.

95) *L. 1. pr. et §. 1. L. 2. §. 1. et 2. L. 3. §. 3. L. 5. §. 1. D. de servitut. praedior. rusticor.*

wie Carl Gottfr. Winckler[96]) auch schon sehr gründlich gegen Cujaz erinnert hat. Ueberdem waren die Schöpfräder auch schon so eingerichtet, daß sie nicht mehr Wasser gaben, als man zum Gebrauch des Grundstücks nöthig hatte. Man lese nur die Beschreibung davon bey Vitruvius Pollio[97]), und man wird sich wundern, wie der große Cujaz auf einen solchen Einfall hat gerathen, und dennoch Beyfall finden können. *Fiunt etiam*, sagt Vitruv, *in fluminibus Rotae eisdem rationibus, quibus supra scriptum est. Circa earum frontes affiguntur pinnae*[98]), *quae cum percutiuntur ab impetu fluminis, cogunt progredientes versari rotam: et ita modiolis*[99]) *aquam haurientes, et in summum referentes, sine operarum calcatura, ipsius fluminis impulsu versatae, praestant, quod opus est ad usum.* Gerhard Noodt[100]) erklärt sich den Zweifel gegen

96) Diss. de iure impetratae aquae. *Lipsiae 1794.* §. 9. pag. 35.

97) De Architectura. Lib. X. cap. 10. pag. 240. sq. edit. *Aug. Rode. Berolini 1800.* 4.

98) *Pinnae* sind die Schaufeln an einem Wasserrade, d. i. die Bretter, worauf das Anschlagewasser fällt, und das Rad in Bewegung setzt. S. RODE Lexic. Vitruvian. h. v.

99) *Modioli* sind die an dem Wasserrade befestigten Kasten, wodurch das Wasser aus dem Flusse geschöpft, und ausgegossen wird. LUCRETIUS, welcher de rerum natura Lib. V. v. 517. auch der Wasserräder, als einer bey den Römern sehr gewöhnlichen Schöpfmaschine, gedenkt, nennt diese Schöpfkasten *haustra*. Man sehe *Robert* KEUCHEN Notae ad FRONTINUM de aquaeductibus, Tom. IV. *Thesauri Antiquitat. Rom. Graeviani*. pag. 1638. und *Iode* LAET Lexic. Vitruvian. adj. VITRUVII libro ab eo edito.

100) Commentar. ad Pandect. Lib. VIII. Tit. 4. *Operum* Tom. II. pag. 222.

gegen die Gültigkeit der servitus aquae per rotam ex privato flumine tollendae vel hauriendae so, weil hier das Wasser nicht natürlich fließt, sondern durch ein menschliches Kunstwerk aus dem Fluß gefördert wird, welches von keiner beständigen Dauer seyn könne. Winckler [1]) sagt auch, es fehle bey dieser Servitut an einer causa naturalis, und also an einer causa perpetua, weil hier menschliche Kunst mitwirken müsse, um das Wasser aus den Fluß zu heben. Walch [2]) hingegen legt das ganze Gewicht auf das Wort *Rota*, in dem Gesetz. Quum ibi *rota*, sagt er, quae ipsa se versabat, ipsa ex fundo aquam sumeret: hanc in modiolos reciperet, hominibusque exhiberet; *illi haud ex flumine, sed ex modiolis aquam hauriebant.* Hanc aquam non fuisse *vivam*, id est, naturalem, quilibet perspiciet, quem haud fugit vis ac potestas vocis: *viva aqua.* Haud obscure linguae latinae peritissimus VARRO [3]) eam aquam *vivam* vocat, *quae ibi sit nata*, atque existat perennis. Haec cum ita se habeant, non possumus, quin *aquam per rotae modiolos hauriendam* non vivam declaremus. Neque huic rei obstat, quod modiolis e flumine ipso aquam hauriant, quum semper locum, unde hauriens aquam sumit, considerant leges, hincque, cisternam etiam vivam aquam haud habere, statuunt, quamvis fuerit viva, quum in cisternam e coelo caderet, observante PAULO [4]). Quum aqua, quae *per rotam* ex flumine hauritur, non sit *aqua viva*: ille

1) Diss. cit. de iure impetratae aquae §. 9. pag. 34.

2) Diss. de aquae hauriendae servitute. §. 9. pag. 35.

3) *De lingua latina.* Lib. IV. pag. 31.

4) *L. 28. D. de servitut. praed. urb.*

ille tiro, immo totius iuris ignarus foret, cui mirum adhuc esset, Veteres de servitute, ius hauriendi per rotam ex flumine alicui concedente, dubitasse, atque ANTONINUM, illam iure non valere, sanxisse, quippe ULPIANUS [5]) interdictum de aquae haustu cessare, notat, *si cisterna, lacus, piscina, puteus vivam aquam non habet.* Allein daß das Wasser, welches mittelst eines Schöpfrades aus dem Fluß gehoben wird, aqua viva sey, ist wohl mit Grund nicht zu bezweifeln, wenn es zumal möglich wäre, dasselbe aus den am Rade angebrachten modiolis selbst zu schöpfen, welches doch, da das Rad, durch die Gewalt des Wassers getrieben, in beständiger Bewegung ist, nicht angeht. Das Wasserrad dient blos dazu, das Wasser aus dem Fluß zu heben, und es sodann durch Rinnen in die Wässerungs-Gräben, oder durch Röhren und Kanäle in das herrschende Gut zu dem bestimmten Zweck zu leiten [6]). Da jedoch dergleichen Räder besonders bey trockener Jahreszeit nicht selten stehen bleiben, wenn es dem Fluß an Kraft gebricht, dieselben in Bewegung zu setzen, und dadurch die Ausübung der Servitut unterbrochen wird, so mag, wie ich glaube, daher der Zweifel entstanden seyn, ob das Recht, das Wasser aus einem Flusse mittelst eines Rades zu einer Wasserleitung zu heben, als eine Real-Servitut eingeräumt werden könne; weil es hier an einer causa perpetua zu mangeln scheint. Es ist sehr merkwürdig, daß der Kr. **Antoninus Caracalla** diesen Zweifel nicht für ungegründet hält, sondern vielmehr ausdrücklich ein-

5) *L. 1. §. 4. D. de fonte.*

6) S. Franz Lud. von Cancrin Abhandlungen vom Wasserrechte. 2. Band 7. Abh. §. 15. u. 16.

einräumt, daß in den angeführten beyden Fällen, nach dem strengen Rechte, eigentlich die Servitut nicht gelte, indessen sey dennoch derjenige, welcher ein solches Recht auf eine fremde Sache gehörig erworben hat, bey dem Besitz dieses seines Rechts zu schützen. Unstreitig hatte schon der Prätor die Strenge des Civilrechts hierin durch seine Edicte gemildert, wie auch Walch [7]) sehr gründlich ausgeführt hat, und Kr. Antonin hat blos das prätorische Recht bestätiget. Folgende Stelle wird uns noch mehr hiervon überzeugen.

6) *L. 9. D. de servitut. praedior. rustic.* Servitus aquae ducendae vel hauriendae, nisi *ex capite*, vel *ex fonte*, constitui non potest: HODIE tamen *ex quocunque loco* constitui solet.

Auch noch in dieser Stelle wird die Regel anerkannt, daß Prädial-Servituten eine causa perpetua haben müssen. Allein man sagt, diese Stelle beweise auch eben so deutlich, daß jene Regel durch die neuere Gesetzgebung aufgehoben sey. Denn nach derselben könne auch eine Wasserleitungs- oder Wasserschöpfungs-Gerechtigkeit aus einer Cisterne, einem stagnirenden See, Fischdeiche, und jedem andern Wasser, welches auch keine Quellen hat, constituirt werden; und zwar versteht man unter hodie gewöhnlich die Constitution des Kaisers Antoninus Caracalla, deren in der vorigen Gesetzstelle namentlich gedacht war [8]).

Allein

7) Diss. cit. §. 6. pag. 23.

8) S. *Ger.* NOODT Comment. ad Pand. Lib. VIII. Tit. 3. §. *Ex quatuor.* pag. 217. et Tit. 4. §. *Est et illa* pag. 222. *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Antejust. ad *Pauli* Sentent. Recept. Lib. I.

Allein der Satz von der causa perpetua liegt zu tief im Geist der Legislation von dinglichen Servituten, und die angeführten Gesetze haben ihn zu deutlich bestätiget, als daß man eine Aufhebung desselben mit Grund annehmen könnte [9]). Zwar hat der Prätor allerdings die Strenge des Civilrechts gemildert, allein diese Abänderung betrifft doch nur die servitus aquae haustus und aquae ductus, und auch bey diesen Servituten setzen die prätorischen Interdicte de aqua, und de fonte eine aqua perennis voraus [10]). Dahingegen sagt Ulpian [11]) ausdrücklich, das Interdictum de fonte habe bey einer Cisterne nicht Statt, weil sie keine perpetuam causam hat, auch falle dieses Interdict weg, si *lacus*, *piscina*, *puteus* vivam aquam non habeat. Viele Rechtsgelehrten [12]) erklären daher die Worte *quocun-*

Lib. I. Tit. 17. in fin. not. 10. pag. 257. und WESTPHAL de Servitut. praedior. §. 551. not. 497.

9) S. HEINECCIUS cit. Diss. de causa serv. perpet. §. 23. In den *Basilicis* Lib. LVIII. Tit. 3. const 9. findet sich ebenfalls von einer solchen Aufhebung nichts. Es heißt vielmehr daselbst: Καὶ τὸ ἕλκειν ὕδωρ ἀπὸ πηγῆς ἀλλοτρίας, δουλεία ἐστίν. d. i. nach der Uebersetzung des Fabrotus Tom. VI. pag. 769. *Servitutis etiam genus est, aquam ex alieno fonte ducere.*

10) *L. 1. §. 5. 6. et 7. D. de aqua quotid.*

11) *L. 1. §. 4. D. de fonte.*

12) *Io.* D'AVEZAN Servitut. libr. P. III. Cap. 18. §. *Aquaeductus*, (Tom. IV. *Thes. Meerm.* pag. 167.) *Iac.* CUJACIUS Comm. ad L. 9. D. de Serv. praed. rustic. *Io.* VOET Commentar. ad Pandect. Lib. VIII. Tit. 3. §. 6. *Pet.* DUIRSEMA Conjectur. iur. civ. Lib. I. cap. 5. pag. 94. *Ulr.* HUBER Eunom. Rom. ad L. 28. D. de Servit. praed. urb. §. 6. pag. 371. und *Io.* BRUNNEMANN Comm. ad L. 9. D. de servit. praed. rustic.

cunque loco so, daß nach dem neuern Rechte die servitus aquae ductus oder aquae haustus zwar nicht gerade aus der Quelle selbst, wo das Wasser entspringt, brauche constituirt zu werden, sondern sie könne nicht nur ex quovis loco fluminis, sondern auch aus einem Bache, oder auch aus einem castello, welches das aus der Quelle fließende Wasser enthält, constituirt werden. Es werde aber doch auch selbst nach dem prätorischen Rechte immer ein lebendiges Wasser erfordert, und sey daher die prätorische Billigkeit keinesweges auf cisternas, lacus und stagna, die kein lebendiges Wasser haben, auszudehnen. Viele, besonders neuere Rechtsgelehrten [13]), wollen indessen diese einschränkende Erklärung darum nicht zulassen, weil, auch ohne eine beständige Quelle, bey einer Cisterne, oder einem stehenden See, dennoch die Natur unverkennbar wirke; und dagegen möchte auch wohl der heutige Gerichtsbrauch nichts einzuwenden finden [14]).

§. 664.

Prädial-Servituten sind inseparabel, und dürfen nicht über das Bedürfniß des dienstberechtigten Gutes ausgedehnt werden.

Dingliche Servituten sind ein Recht des herrschenden Guts; sie können daher von dem Gute, zu dessen Nutzen

13) WESTPHAL de lib. et servit. praedior. §. 551. not. 497. Münter von Servituten 1. Th. §. 11. THIBAUT Syst. des P. R. 2. Bd. §. 606, am Ende. HUFELAND Pandectencompendium §. 293. Nr. 2. und WITTICH System des heutigen Civilrechts 2. Bd. §. 199. S. 47.

14) S. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Spec. CVII. medit. 1. und WIESAND Opuscul. iurid. Specim. XII. Obs. 1. pag. 168. sq.

sie bestellet sind, nicht getrennt, und daher weder einseitig verpachtet [15]), noch von einem andern Gute ausgeübt werden [16]). Es liegt auch in der Natur derselben, daß sie den Nutzen des herrschenden Guts nicht überschreiten dürfen [17]). Gerh. Noodt [18]) will zwar dem Eigenthümer des herrschenden Guts das Recht einräumen, die Real-Servitut weiter, als jedem Besitzer daran gelegen seyn kann, auszuüben, nämlich a) wenn dem Herrn des dienstbaren Guts kein Nachtheil daraus erwächst, und b) wenn es ausdrücklich ist bewilliget worden. Ihm stimmt auch Herr JustizR. Hufeland [19]) bey, und Westphal [20]) behauptet, es lasse sich zuweilen, nach Befinden der Umstände, auch sogar eine stillschweigende Bewilligung annehmen. Allein Herr Hofrath Thibaut [21]) hat aus überzeugenden Gründen dargethan, daß alle diese Behauptungen offenbar

15) *L. 44. D. locati.* KRAUS Diss. de locatione servitut. realis, praecipue iuris pascendi. *Lipsiae 1760.*

16) *L. 24. D. de Servitut. praed. rustic.* HUBERI Eunom. Rom. ad h. L. pag. 384. und *Hufelands* Pandectencompendium. §. 289.

17) *L. 5. §. 1. L. 6. L. 24. D. de servit. praed. rustic.* S. *Marc.* LYCKLAMA a *Nyholt* Membranar. Vol. II. Lib. VII. Eccl. 44. §. 1. *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. iuxta seriem Dig. Decad. XXIII. §. 2. und Zachariä von dinglichen Dienstbarkeiten §. 7. im Civilist. Magaz. 2. Bd. S. 335.

18) Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 3.

19) Pandectencompendium §. 290. S. 114.

20) De libert. et servitut. praedior. §. 524. et §. 525.

21) Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 1. Bd. 1. Abth. S. 11. ff.

bar unrichtig sind. Ganz entscheidend sagt **Ulpian** [22]): servitutem constitui *non ultra* posse, *quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit.* Es gehet daraus in größter Deutlichkeit hervor, daß selbst das neuere Römische Recht keine Real-Servitut als solche anerkennt, sobald sie sich ultra praedii necessitatem erstreckt. Ist es dennoch durch ausdrückliche Verabredung bedungen worden, daß die Servitut auch zugleich zum Vortheil des Nachbars solle ausgeübt werden dürfen, so ist zwar freylich, nach der Meinung des **Africanus** [23]) ein solcher Vortrag verbindlich, aber doch nur für die Paciscenten und deren Erben. Als eine Real-Servitut kann aber eine solche Vergünstigung nicht gelten, weil man keine Servitut auf eine andere Dienstbarkeit erwerben kann. Es kann daher, wie auch **Paulus** [24]) deutlich sagt, eine solche Vergünstigung nur ein persönliches Recht wirken, welches sich höchstens auf die Lebenszeit des Be-

22) *L. 5. §. 1. D. de Servitut. praed. rustic.*

23) *L. 33. §. 1. D. de Servitut. praed. rusticor.* Per plurium praedia aquam ducis, quoquo modo imposita servitute. Nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est, neque eorum cuivis, neque alii vicino poteris haustum ex rivo cedere. *Pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet,* quamvis nullum praedium ipsum sibi servire, *neque servitutis fructus constitui potest.* Ob die Wirkung eines solchen Vertrags sich auch auf den successor singularis erstrecke, wird zwar hier nicht entschieden; allein daß daraus nur ein persönliches Recht entstehen könne, lehrt schon der angeführte Grundsatz, quod *servitus servitutis* constitui nequeat. Denn so ist statt *servitutis fructus* mit *Ant.* FABER Conjectur. iuris civ. Lib. V. cap. II. richtiger zu lesen. S. auch WESTPHAL §. 538. not. 484. p. 333.

24) *L. 6. D. de servitut. praed. rusticor.*

günstigten erstreckt. Nun widerstreiten sich zwar die Fragmente der Pandecten, wenn die Frage ist, ob nicht Ausdehnung der Servitut über das Bedürfniß des herrschenden Guts wenigstens in dem Falle erlaubt sey, da dem Herrn des dienenden Guts kein Nachtheil daraus erwächst. Pomponius sagt nämlich *L.* 24. *D. de servit. praed. rustic.*

Ex meo aquaeductu *Labeo* scribit, cuilibet posse me vicino commodare: *Proculus* contra, ut ne in meam partem fundi aliam, quam ad quam servitus adquisita sit, uti ea possit. *Proculi* sententia verior est.

Ulpian hingegen scheint gerade die Meinung des Labeo, welche in jenem Fragment verworfen wird, durch Stillschweigen zu der seinigen zu machen, wenn er *L.* 1. §. 16. *D. de aqua quotid. et aestiva* sagt:

Illud *Labeo* dicit, omnes partes illius fundi, in quem loci aqua ducitur, eiusdem numero esse. Ergo et si forte actor confinem agrum emerit, et ex agro, in quem hoc anno aquam duxerit, postea fundi emti nomine velit aquam ducere: ita demum eum recte hoc interdicto, ut de itinere actuque, uti putant, ut semel in suum ingressus, inde egredi, qua velit, possit, nisi ei nocitum sit, ex quo aquam ducit.

Man hat sich zwar verschiedentlich bemüht, diese beyden Stellen so zu vereinigen, daß denn doch die Meinung des billig denkenden Labeo dabey bestehen könnte [25]). Allein ver-

25) Man vergleiche z. B. *Fr.* HOTOMANUS Observation. Lib VIII. cap. 14. *Iul.* PACIUS Legum conciliatar. Centur. VIII. Quaest. 62. *Dion.* GOTHOFREDUS ad L. 24. D. de Servit. praed. rust.

PO-

vergebens. Es leuchtet in die Augen, daß in beyden Fragmenten die Meinung des Labeo nur historisch angeführt werde. Ulpian mißbilliget sie zwar nicht, tritt ihr aber auch keinesweges bey. Pomponius hingegen verwirft sie ausdrücklich, indem er der Meinung des Proculus den Vorzug giebt. Natürlich muß nun also auch diese Entscheidung für das geltende Recht angenommen werden, da sie Justinian zu der seinigen gemacht hat [26]). Daß Tribonian gleichwohl den Ulpian noch einmal erzählen läßt, was Labeo dachte, muß man der unvorsichtigen Eilfertigkeit zuschreiben, mit welcher Justinians Pandecten verfertiget wurden. Wir haben hier ein wichtiges Beyspiel, wie vorsichtig man bey der Vereinigung widerstreitender Fragmente in den Pandecten seyn müsse, indem es öfters der Fall ist, daß eins derselben blos der Geschichte wegen aufgenommen wurde. In solchen Fällen ist es gewiß für die Auslegung des Justinianischen Rechts eine der wichtigsten Regeln, lieber einen Widerspruch vorauszusetzen, und die neueste von Justinian gebilligte Meinung anzunehmen, als eine gezwungene Vereinigung zu erkünsteln [27]).

POTHIER Pandect. Iustin. Tom. III. Lib. XLIII. Tit. 20. Nr. XI. not. b. und WESTPHAL §. 545. et 546.

26) Eben so vereinigen diese Stelle *Ulr.* HUBER in Eunom. Rom. ad L. 24. D. de serv. praed. rustic. pag. 385. *Jac.* LABITTUS Usu Indicis Pandectar. Cap. IV. §. 35. (in WIELING *Iurispr. Restit.* T. II. p. 114.) und Thibaut in den angef. Versuchen 1. Bd. 1. Abth. S. 18. f.

27) S. Thibaut in den angef. Versuchen 1. B. S. 15. f.

§. 665.

Art und Grenzen bey der Ausübung der Servitut.

Prädial-Servituten können zwar ihrer Natur nach weder auf eine gewisse Zeit, noch unter einer Bedingung constituirt werden, wie Papinian [28]) sagt. Denn eine solche Einschränkung würde der causa perpetua servitutum entgegen streiten [29]); ob sie gleich, vermittelst der exceptio doli seu pacti, nach dem prätorischen Rechte gegen den Erwerber und seine Erben aufrecht erhalten wird, wenn er sein Recht, dem Vertrage zuwider, gegen den Constituenten durchzusetzen wagen wollte [30]). Allein die Art und Weise, wie die Servitut ausgeübt werden soll, kann allerdings bey der Constitution der Servitut bestimmt werden. Diese Art und Grenze der Dienstbarkeit (modus servitutis) muß, selbst nach der Strenge des Rechts, von jedem Besitzer des herrschenden Guts beobachtet werden, so wie sie durch Vertrag, Gesetz, oder richterliche Bestimmung, oder auch durch die Natur der Sache selbst, es sey in Ansehung des Orts, der Zeit, der Quantität, Art, oder sonst, bestimmt ist [31]).

Papi-

28) *L. 4. pr. D. h. t.* Bey persönlichen Servituten ist es ganz anders. Von diesem Unterschiede siehe den 9. Th. S. 33. Nr. 3.

29) S. WESTPHAL §. 800. Not. 716. pag. 541.

30) *L. 4. cit.* sagt: Sed tamen, si haec (sc. tempus vel conditio) adjiciantur, *pacti vel per doli exceptionem occurretur, contra placita servitutem vindicanti.* Man sehe über diese Stelle auch Zachariä von dinglichen Servituten §. 17.

31) S. *Christph. Lud.* CRELLII Observationes de servitutibus ad certum modum restrictis. ad L. 4. §. 1. et 2. D. de servitut. *Vitemb. 1751.*

Papinian hat dieſes genau unterſchieden, wenn er *L.* 4. §. 1. *D. h. t.* ſagt: *Modum* adjici ſervitutibus poſſe conſtat: veluti quo genere vehiculi agatur, vel non agatur; vel ut equo duntaxat; vel ut certum pondus vehatur, vel grex ille transducatur, aut carbo portetur. In Rückſicht der Ausübung läßt daher ſelbſt die Strenge des Rechts eine intervallorum adjectio bey Real-Servituten zu, weil daher, wie Weſtphal [32]) ganz richtig ſagt, keine ſervitus ad tempus reſtricta, et cum tempore finienda entſteht, ſondern die Dienſtbarkeit beſtändig fortdauert, und nur in Anſehung ihrer Ausübung modificirt iſt. Daher fügt Papinian in der angeführten Stelle §. 2. noch hinzu: Intervalla dierum et horarum non ad temporis cauſam, ſed ad modum pertinent iure conſtitutae ſervitutis. Eben ſo ſagt Cajus *L.* 5. §. 1. *D. eodem.* Uſus ſervitutum temporibus ſecerni poteſt: forte, ut quis *poſt horam tertiam usque in horam decimam* eo iure utatur, vel ut *alternis diebus* utatur. Eine Servitut kann jedoch nicht nur Zwiſchenräume von Stunden und Tagen, ſondern auch von Monaten und Jahren haben, welches in Abſicht auf die Erlöſchung einer Prädial-Servitut durch Verjährung einen wichtigen Unterſchied macht [33]). Noch iſt zu bemerken, daß Ueberſchreitung der Grenze den Verluſt der Servitut nur dann zur Folge hat, wenn ſie ihrer Ausübung nach auf eine beſtimmte Zeit eingeſchränkt iſt, und dieſelbe zu einer ganz andern, als der beſtimmten Zeit, iſt ausgeübt worden [34]).

§. 666.

32) De lib. et ſervitut. praedior. §. 805.

33) *L.* 7. *D. Quem. ſervitut. amitt.* S. CRELL. cit. Diſſ. Obſ. 2. pag. 19.

34) *L.* 10. §. 1. *D. eod.* Si is, qui *nocturnam aquam* habet, *interdiu* per conſtitutum ad amiſſionem tempus uſus fuerit, *amiſit noctur-*

§. 666.

Wozu verpflichtet eine Prädial-Servitut den Eigenthümer des dienenden Guts? Adminicula Servitutis.

Bey Prädial-Servituten darf übrigens der Eigenthümer des dienstbaren Guts

1) nichts vornehmen, wodurch die Ausübung der Servitut gehindert, oder sonst das Recht des dominantis geschmälert wird. Geschieht es, so kann der Herr des berechtigten Guts verlangen, daß serviens alles wieder in den vorigen Stand setze, und den Schaden vergüte. Er darf daher a) zum Nachtheil des Berechtigten in seinem Eigenthum keinen Bau, noch sonst ein Werk unternehmen, welches der Servitut hinderlich ist. Folgende Stellen verdienen hier bemerkt zu werden.

L. 20. §. 3. *et* 6. *D. de servitut. praed. urb.* Si servitus stillicidii imposita sit, non licet domino servientis areae ibi aedificare, ubi cassitare coepisset stillicidium. — Qui in area, in qua stillicidium cadit, aedificat, usque ad eum locum perducere aedificium potest, unde stillicidium cadit.

L 13.

nocturnam servitutem, qua usus non est. Idem est in eo, qui *certis horis* aquaeductum habens, *aliis* usus fuerit, nec ulla parte earum horarum. *L. 11. D. eodem.* Is, cui via vel actus debebatur, ut vehiculi certo genere uteretur, *alio genere* fuerat usus: videamus, ne amiserit servitutem; et alia sit eius conditio, qui amplius oneris, quam licuit, vexerit: magisque hic plus, quam aliud, egisse videatur: sicuti latiore itinere usus esset: aut si plura iumenta egerit, quam licuit: aut aquae admiscuerit aliam. *Ideoque in omnibus istis quaestionibus servitus quidem non amittitur: non autem conceditur plus, quam pactum est, in servitute habere.*

L. 13. §. 1. *D. de ſervitut. praedior. ruſtic.* Si totus ager itineri aut actui ſervit, dominus in eo agro *nihil facere* poteſt, *quo ſervitus impediatur*, quae ita diffuſa eſt, ut omnes glebae ſerviant.

L. 9. *pr. D. Si ſervit. vindicet.* Si eo loco, per quem iter[35]) mihi debêtur, tu aedificaveris: poſſum intendere, *ius mihi eſſe ire agere.* Quodſi probavero, *inhibebo opus tuum*[36]. Item *Iulianus* ſcripſit: ſi vicinus in ſuo aedificando effecerit, ne ſtillicidium meum reciperet, poſſe me agere de iure meo, id eſt, *ius eſſe immit-*

35) Statt *iter* will WESTPHAL de libert. et ſervitut praed. §. 560. not. 503. a pag. 357. lieber *via* leſen, wegen der nachfolgenden Worte: *ius mihi eſſe ire agere*, desgleichen: ſicut *in via* diximus. In den *Baſilicis* Tom. VI. Lib. LVIII. Tit. 5. Conſt. 9. pag. 772. heißt es: Ο ἔχων ὁδὸν. Nun bedeutet ὁδὸς ſoviel als via. *Ger.* NOODT in Comm. ad Pand. Lib. VIII. Tit. 3. *Operum* Tom. II. pag. 216. lieſet *iter actus*, worunter ebenfalls via zu verſtehen ſey.

36) *Inhibere opus* erklärt hier WESTPHAL cit. loco durch novum opus nunciare. Allein wenn gleich die novi operis nunciatio bey Prädial-Servituten allerdings Statt findet, wie *L.* 15. *D. de ſervitut. praed. urb.* *L.* 6. *in fin. D. Si ſervit. vindic.* *L.* 47. *D. fam. erciſ.* *L.* 1. §. 3. *D. de remiſſ.* lehren; ſo iſt doch kein hinlänglicher Grund vorhanden, daß auch dieſe Stelle von einer operis novi nunciatione zu verſtehen ſey. Ich werde von dem Gebrauche dieſes Rechtsmittels bey den Prädialſervituten unten in dem Titel *Si ſervitus vindicetur* §. 685. ausführlicher handeln, und dort auch die entgegenſtehende *L.* 14. *D. de novi oper. nunciat.* wo Paulus ſagt: Qui viam habet, ſi opus novum nunciaverit adverſus eum, qui in via aedificat, nihil agit. Sed ſervitutem vindicare non prohibetur, vollſtändig erklären. Was *Lud.* CHARONDAS Περὶ Φανῶν ſeu Veriſimil.

immittendi ſtillicidium: ſicut *in via* diximus. Sed ſi quidem nondum aedificavit: ſive uſumfructum, ſive viam habet: ius ſibi eſſe ire agere, vel frui, intendere poteſt. Quodſi iam aedificavit dominus: is, qui *iter et actum* habet, adhuc poteſt intendere, ius ſibi eſſe: fructuarius autem non poteſt, quia amiſit uſumfructum, et ideo *de dolo actionem* dandam hoc caſu *Iulianus* ait [37]). Contra ſi in itinere, quod per fundum tibi debeo, aedifices, recte intendam, ius tibi non eſſe aedificare, vel aedificium habere: quemadmodum ſi in area mea quid aedifices.

L. 11. *pr. D. de aqua pluv.* Supra iter alienum arcus aquae ducendae cauſa non iure fiet.

L. 15. §. 8. *D. Quod vi aut clam.* Nonnunquam etiam dominii ratio habenda eſt (ſc. in Interdicto *Quod vi*): utputa ſi propter hoc opus, quod factum eſt, ſervitutes amittantur. Quod non tantum tunc eveniet, cum quis opus aedificaverit, verum etiam ſi diruiſſe opus proponatur.

L. 21. §. 3. *D. eod.* Si quis propter opus factum ius aliquod praedii amiſit, id reſtitui *ex hoc Interdicto* debet.

L. 5.

Lib. I. cap. 5. nr. 6. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iur. Rom.* Tom. I. pag. 698.) *Pet.* BELOIUS Varior. iuris civ. Lib. IV. cap. 8. (in *Theſaur. Meermann.* Tom. IV. pag. 711. ſq.) und *Iac.* LABITTUS in Uſu Indicis Pandectar. Cap. V. §. 17. (in WIELING *Iurisprud. Reſtit.* Tom. II. pag. 93. ſq.) darüber geſagt haben, iſt unzureichend.

37) Siehe des 9. Theils 2. Abth. §. 639. Not. 80. S. 353.

L. 5. *Cod. de ſervitut. et aqua.* Si quid pars adverſa contra ſervitutem aedibus tuis debitam iniurioſe extruxit: Praeſes provinciae *revocare ad priſtinam formam, damni etiam ratione habita*, pro ſua gravitate curabit.

Auch darf der Eigenthümer des dienenden Guts b) keinem andern eine neue Servitut auf derſelben Sache einräumen, worauf ſchon Jemand eine frühere Servitut erworben hat, inſofern das Recht des Letztern dadurch geſchmälert wird; ſonſt kann wohl mehreren dieſelbe Servitut auf derſelben Sache ertheilt werden, wenn ſie ſich einander in der Ausübung ihres Rechts nicht hinderlich ſind, wie folgende Geſetzſtellen beweiſen.

L. 14. *D. de ſervit. praed. ruſtic.* Per quem locum viam alii ceſſero, per eundem alii aquaeductum cedere non potero: ſed et ſi aquaeductum alii conceſſero, alii iter per eundem locum vendere, vel alias cedere non potero.

L. 2. §. 1. *et* 2. *D. eodem.* Aquaeductus, et hauſtus aquae per eundem locum ut ducatur, etiam pluribus concedi poteſt: poteſt etiam, ut diverſis diebus vel horis ducatur. — Si aquaeductus, vel hauſtus aquae ſufficiens eſt, poteſt et pluribus per eundem locum concedi, ut et iisdem diebus vel horis ducatur [38]).

Gereicht hingegen c) die neue Servitut der früher erworbenen zum Nachtheil, ſo gilt jene anders nicht, als wenn die Ertheilung mit Einwilligung desjenigen geſchehen iſt, der ſchon ein älteres Servitutrecht auf der Sache er-

wor-

38) Man vergleiche noch *L.* 15. *D. Commun. praedior.* und *L.* 4. *D. de aqua quotid.*

worden hat. Ulpian ſagt *L.* 8. *D. de aqua pluv.* In concedendo iure aquae ducendae non tantum eorum, in quorum loco aqua oritur: verum eorum etiam, *ad quos eius aquae uſus pertinet*, voluntas exquiritur, id eſt, *quibus ſervitus aquae debebatur.* Nec immerito. Cum enim minuitur ius eorum, conſequens fuit, exquiri, an conſentiant. *Et generaliter, ſive in corpore, ſive in iure loci, ubi aqua oritur, vel in ipſa aqua habeat quis ius, voluntatem eius eſſe ſpectandam placet.* Eben dies beſtätiget auch *L.* 4. *C. de ſervitut. et aqua.* Aquam, quae in alieno loco oritur, ſine voluntate eius, *ad quem uſus eiusdem aquae pertinet*, Praetoris edictum non permittet ducere.

2) Der Eigenthümer des dienſtbaren Guts muß dem Herrn des berechtigten Grundſtücks auch alles geſtatten, ohne welches die Servitut nicht ausgeübt werden kann. Man nennt dieſe Befugniſſe, welche mit der Servitut, als ſtillſchweigend verſtattet, anzuſehen ſind, weil ſie ſich wie die Mittel zum Zweck verhalten, *Adminicula ſervitutum* [39]). Dieſe Adminicula richten ſich ganz nach der Natur der Prädial-Servitut, von der ſie eine nothwendige Folge ſind; entſtehen mit ihr, und gehen mit ihr verlohren [40]). Sie dürfen auch nicht weiter ausgedehnt werden, als ſoweit ſie nothwendig ſind, um die Ausübung der Servitut möglich zu machen, oder dieſelbe zu erhalten. Zuwei-

len

39) S. *Car. Adolph* BRAUN Diſſ. de adminiculis ſervitutum. *Erlangae 1750.*

40) *L.* 17. *D. Quemadm. ſervit amitt. Labeo* ait: Si is, qui hauſtum habet, per tempus, quo ſervitus amittitur, ierit ad fontem, neque aquam hauſerit, iter quoque eum amiſiſſe.

len machen sie eine besondere Art von Dienstbarkeit aus, z. B. iter als adminiculum servitutis aquae haustus; sonst können sie so verschieden seyn, als die Prädial-Servituten selbst. In den Gesetzen kommen folgende Beyspiele vor.

L. 10. *D. h. t.* Si iter legatum sit, qua, nisi opere facto, iri non possit, licere *fodiendo*, *substruendo*, iter facere, *Proculus* ait [41]).

L. 20. §. 1. *D. de servitut. praed. urban.* Si domo mea altior area tua esset, tuque mihi per aream tuam in domum meam ire agere cessisti, nec ex plano aditus ad domum meam per aream tuam esset: vel *gradus* vel *clivos* propius ianuam meam iure facere possum: *dum ne aliquid ultra, quam quod necesse est, itineris causa demoliar.*

L. 15. *D. de servitut. praed. rustic.* *Quintus Mucius* scribit; cum *iter aquae* [42]) vel quotidianae vel aestivae, vel quae intervalla longiora habeat [43]), per alienum fundum erit: licere *fistulam suam vel fictilem, vel cuiuslibet generis in rivo ponere*, quae aquam latius exprimeret:

41) Dem Berechtigten ist es in diesem Falle auch erlaubt, wo es wegen sumpfigter Stellen des Weges nöthig ist, einen Steg oder Brücke anzulegen. *L. 3. §. ult. D. de itin. actuque priv.*

42) *Iter aquae* ist soviel, wie aquaeductus. In den *Basilicis* Lib. LVIII. Tit. 3. Tom. VI. pag. 769. wird das Wort ὑδραγώγιον gebraucht. Eben so viel bedeutet auch *aquagium.*

42) Die Worte: *quae intervalla longiora habeat* gehen darauf, wenn das Wasser nur abwechselnd einen Tag oder einen Monat um den andern geleitet werden kann. S. WESTPHAL §. 567. not. b.

meret: et, *quod vellet, in rivo facere*, dum ne domino praedii aquagium deterius faceret.

L. 3. §. 5. *D. de aqua quotid.* Is, qui aquae cottidianae ius habet, *vel fistulam in rivo ponere*, vel *aliud quodlibet facere potest*; dummodo ne fundum domino, aut aquagium rivalibus deterius faciat.

L. 3. §. 3. *D. de servitutib. praedior. rustic.* Qui habet haustum, *iter quoque habere videtur ad hauriendum*, et, ut ait *Neratius* libro 3 Membranarum, sive ei ius hauriendi, et adeundi cessum sit, utrumque habebit: sive tantum hauriendi, *inesse et aditum*; sive tantum adeundi ad fontem, *inesse et haustum* [44]).

Insonderheit muß auch der Eigenthümer des dienstbaren Guts dem zur Servitut berechtigten erlauben, die wegen des Gegenstandes derselben erforderlichen Reparaturen vorzunehmen, und daher nicht nur zu diesem Zweck mit den Arbeitsleuten an Ort und Stelle zu gehen, sondern auch die dazu nöthigen Baumaterialien auf den Platz zu bringen, wenn auch gerade der Ort, wo dies geschieht, nicht dienstbar seyn sollte. Folgende Stellen setzen dieses außer allen Zweifel.

L. 11. *pr. et* §. 1. *D. Commun. praedior.* Refectionis gratia, accedendi ad ea loca, *quae non serviant*, facultas

44) Noch deutlicher reden die *Basilica* Lib. LVIII. Tit. 3. Tom. VI. pag. 769. Ἐὰν τίς σοι παραχωρήσι δίκαιον ἀντλήσεως, εἰς τὸ διαφέρον αὐτῷ ὕδωρ, ἀναγκάζεται σοι καὶ ἄκων δουλείαν τῆς ὁδου παραχωρῆσαι: εἰπέρ ἄλλως μὴ δυνάσαι χρήσασθαι τῶ τῆς ἀντλήσεος δικαίῳ. i. e. *Si quis tibi ius hauriendi in aqua sua permiserit, cogitur vel invitus et itineris servitutem tibi concedere: siquidem alia via iure haustus tibi uti non liceat.*

cultas tributa eſt his, quibus ſervitus debetur: *qua tamen accedere eis ſit neceſſe eſt;* niſi in ceſſione ſervitutis nominatim praefinitum ſit, qua accederetur. Et ideo nec ſecundum rivum, nec ſupra eum, ſi forte ſub terra aqua ducatur, locum religioſum dominus ſoli facere poteſt, ne ſervitus intereat: et id verum eſt. *Sed et depreſſurum vel adlevaturum rivum, per quem aquam iure duci poteſtatem habes* [45]): niſi ſi, ne id faceres, cautum ſit. — Si prope tuum fundum ius eſt mihi aquam rivo ducere: *tacita haec iura ſequuntur, ut reficere mihi rivum liceat, ut adire qua proxime poſſim ad reficiendum eum ego, fabrique mei,* item *ut ſpatium relinquat mihi dominus fundi, quo dextra et ſiniſtra ad rivum adeam, et quo terram, limum, lapidem, arenam, calcem iacere poſſim.*

L. 4. *pr. D. de itinere actuq. priv.* Veteres nominatim adiiciebant, ut ea quoque, quae ad refectionem utilia eſſent, adportanti vis non fieret. Quod ſupervacuum eſt, quoniam qui adportari non patitur ea, ſine qui-

45) WESTPHAL §. 570. not. 507. pag. 362. will hier die gemeine Leſeart folgendergeſtalt emendiren: *Sed et deprimendi vel allevandi rivum, per quem aquam iure ducis, poteſtatem habes.* Ducis ſtatt duci lieſet auch unſer Cod. Pand. Erlang. *Io.* IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pandect. pag. 76. derivirt jedoch das duci aus dem Griechiſchen τῦ ἀγεσθαι oder καταγεσθαι. Es ſey alſo blos durch einen Fehler der Verſion das Paſſivum ſtatt des Activum gebraucht worden. Allein dies bezieht ſich auf die bekannte Grille dieſes Alten, daß unſer Corpus iuris eine Reverſion aus dem Griechiſchen ſey, welche jedoch durch die Baſiliken vollkommen widerlegt wird. S. Hugo Civiliſtiſches Magazin. 2. Bd. S. 419. u. folg.

quibus refici iter non possit, vim facere videtur, quominus reficiatur.

Der Berechtigte kann sich wegen dieser Adminiculorum, wenn ihm bey deren Gebrauche Hindernisse in den Weg gelegt werden, nicht nur der actio confessoria, sondern auch der dazu eingeführten Interdicte bedienen. Ulpian lehrt dieses ausdrücklich, wenn er *L.* 4. §. 5. *D. si servitus vindic.* sagt: Si quis mihi itineris, vel actus, vel viae controversiam non faciat, sed reficere, sternere non patiatur, *Pomponius* libro eodem scribit, *confessoria actione* mihi utendum. — Sed de refectione viae et *interdicto* uti possumus, quod *de itinere actuque reficiendo* competit. Eben dieser Ulpian sagt *L.* 3. §. 12. *D. de itin. actuque priv.* Utilitas suasit, hoc quoque *Interdictum* proponere: namque consequens erat, eum, *qui itinere utitur*, Interdictum proponere, *ut reficere possit.* Quemadmodum enim alias uti potest itinere vel actu commode, quam si refecerit? corrupto enim itinere, minus commode frui aut agi potest. Und *L.* 1. §. 1. *D. de rivis.* Hoc interdictum utilissimum est: nam nisi permittatur alicui reficere, alia ratione usu[46]) incommodabitur.

Ueberall wird jedoch vorausgesetzt, daß der Eigenthümer des berechtigten Guts aus Gelegenheit der Servitut nichts

46) Statt usu lesen manche usus; allein richtiger ist *usui* zu lesen. Vermuthlich gab die nichtverstandene Gemination *usuIncommodabitur* zu der unlateinischen Lesart Anlaß. S. *Io. Conr.* Rückeri Observation. quibus Florentina scriptura variis Pandectar. locis defenditur. Cap. III. §. 10. pag. 105.

nichts zum Nachtheil des Eigenthümers des dienstbaren Guts unternehme, was die Natur der Servitut nicht nothwendig erfordert [47]). Für einen natürlichen Schaden, welcher aus der rechtmäßigen Ausübung der Servitut zufällig entsteht, ist der Berechtigte nicht verantwortlich [48]).

47) *L. 4. §. 1. L. 5. §. 1. D. de itin. actuq. priv. L. 1. §. 10. D. de rivis.* WESTPHAL §. 569. et not. 506. pag. 361.

48) *L. 20. §. 1. D. de Servitut. praedior. rusticor.* und WESTPHAL §. 544.

Lib. VIII. Tit. II.

De ſervitutibus praediorum urbanorum.

§. 667.

Eigenheit der Servitutum urbanarum. Allgemeines Verzeichniß der in dem Röm. Recht erwähnten. Servitus *oneris ferendi* und *tigni immittendi*.

Real-Dienſtbarkeiten ſtehen nun entweder einem Gebäude zu, oder einem ſolchen Grundſtücke, das kein Gebäude iſt. Jene werden *ſervitutes urbanae*, oder *iura praediorum urbanorum*, dieſe *ſervitutes ruſticae* oder *iura praediorum ruſticorum* genennt. Theophilus [49]) nennt die erſtern δουλεῖαι τῶν οἰκιῶν, *ſervitutes aedium*; die letztern δουλεῖαι τῶν ἀγρῶν, *ſervitutes ruris*. Wie beyde unterſchieden ſind, iſt ſchon an einem andern Orte [50]) gezeigt worden. Hier iſt nur noch dies, als etwas Eigenes, zu bemerken, daß ſervitutes urbanae nicht immer die natürliche Freyheit einſchränken, ſondern oft dieſe wiederherſtellen, wenn ſie durch eine Servitut eingeſchränkt war, wie z. B. ſervitus altius tollendi, und ſtillicidii non recipiendi [51]). Bey Häuſern oder Gebäuden finden zwar meiſtentheils ganz an-

59) Paraphraſ. graeca ad §. 1. et 2. I. de Servitutib.

50) S. des 9. Theils 1. Abth. §. 622.

41) S. Hugo Lehrbuch der Geſchichte des Röm. Rechts. §. 149. der 2. Aufl. oder §. 159. der 3ten.

andere Servituten Statt, als bey den sogenannten praediis rusticis; doch können manche Servituten, die sonst gewöhnlich nur rusticae sind, auch als urbanae constituirt werden. Z. B. servitus aquaeductus [52]), auch servitus itineris [53]). Letztere kann jedoch, als urbana, nur zur Tageszeit ausgeübt werden [54]). Folgende servitutes urbanae werden in den Gesetzen als die gewöhnlichsten angeführt. *Servitus oneris ferendi, tigni immittendi, projiciendi, protegendi, altius tollendi*, et *non tollendi, luminum*, et *ne luminibus officiatur, prospectus*, et *ne prospectui officiatur* [55]) *stillicidii aut fluminis recipiendi* vel *non recipiendi.* Daß jedoch eine weit größere Anzahl denkbar sey, hat keinen Zweifel. Beyläufig wird selbst in unsern Gesetzen noch mancher servitus urbana gedacht. Z. B. servitus fumi immittendi [56]).

52) *L. 11. §. 1. D. de publ. in rem. act. L. 18. et 19. pr. D. de servit. praed. urb.*

53) *L. 7. §. 1. D. Commun. praedior.*

54) *L. 14. D. eodem.* Iter nihil prohibet, sic constitui, ut quis *interdiu* duntaxat eat: quod fere *circa praedia urbana* etiam necessarium est. S. *Christph. Lud.* CRELL Diss. de usu nocturno servitutum in praediis urbanis. *Vitemb. 1756.*

55) *§. 1. et 4. I. de Servitut. L. 1. 2. 12. et 33. D. de Servitut. praed. urban.*

56) *L. 8. §. 5. D. Si servitus vindic.* Aristo Cerellio Vitali respondit, non putare se ex taberna casearia *fumum* in superiora aedificia iure *immitti* posse, *nisi ei rei servitutem talem admittit.* HEINECCIUS in Diss. de causa servitutum perpetua §. 30. glaubt, die letztern Worte hätten keinen Sinn, wenn man nicht so lieset: *etsi ea res servitutem talem admittat.* Allein, wenn gleich die Lesart in den alten Handschriften und Ausgaben verschieden ist, indem mehrere statt ei rei, *eius rei* lesen; und Haloander

Da ihre Verschiedenheit nur durch ihre physische Beschaffenheit erzeugt wird, so ist das Rechtsverhältniß bey allen das nämliche, wo die Gesetze keine Ausnahme machen. Wir wollen hier nur die vorzüglichsten erklären.

I. *Servitus oneris ferendi.* Sie besteht in dem Rechte, die Last seines Gebäudes auf der Wand, oder Mauer, oder Säule, oder dem Gewölbe des Nachbars ruhen zu lassen[57]). Justinian sagt §. 1. *l. de servit.* Ut vicinus onera vicini sustineat. Man macht es dem Theophilus zum Vorwurf, daß er in seiner griechischen Paraphrase diese Worte, die doch, wie der Text in den Institutionen unverkennbar lehrt, nur eine besondere Art der servitutum urbanarum andeuten sollen, für den allgemeinen Begriff dieser Servituten gehalten habe[58]). Allein mit Unrecht. Theo-

der *nisi ei rei servitus talis admittatur* hat; so läßt sich doch die florentinische Lesart ganz gut erklären. Nämlich *ei rei* ist soviel als eius rei causa; und *admittit* geht auf den, qui superiora aedificia inhabitat, wie diese Worte ganz richtig in der Gebauerischen Ausgabe des Corpus iuris erklärt werden. Man vergleiche auch *Ios.* NERII Analector. Lib. II. cap. 34. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* T. II. p. 372.)

57) Das Recht, unter einem fremden Gebäude einen Keller zu haben, will Struben in den rechtlichen Bedenken 4. Band Bed. 158. ebenfalls als eine dem Herrn des Hauses zukommende servitus oneris ferendi ansehen. Allein es kann dies eine eigne Servitut seyn, bey welcher der Eigenthümer des Kellers dominans ist. S. Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 62. Not. 1. der 3. Aufl.

58) *Franc.* BROEUS in Expositionib. ad Iustin. Institut. Lib. II. Tit. 3. §. 12. MARCILIUS ad §. 1. I. de Servitut. (in *Iani a* COSTA *Commentar.* pag. 190.) und *Io.* DOUJAT ad §. 3. Paraphras. Theoph. de reb. corporal. et incorp. (in der Reitzischen Ausgabe Tom. I. pag. 264.)

Theophilus sagt nämlich: Καὶ ποῖαί εἰσι δουλεῖαι τῶν οἰκιῶν; τὸ ἀνέχεσθαί με τῶν βαρῶν τοῦ γείτονος. i. e. *Et quaenam sunt servitutes aedium? ut onera vicini sustineam.* Nun führt zwar Wilh. Otto Reitz [59]) zur Vertheidigung des Theophilus an, daß Justinian selbst die servitus oneris ferendi und tigni immittendi für eine und dieselbe Servitut gehalten zu haben scheine. Allein wie kann ein solcher Irrthum, der doch wirklich gar nicht vorhanden ist, dem Paraphrasten zur Entschuldigung gereichen? Es lehrt vielmehr der ganze Zusammenhang, daß Theophilus hier nicht noch einmal den Begriff von servitutes aedium angeben wollte, den er schon vorher in den Worten: αἵτινες συνήνωνται τοῖς οἰκοδομήμασι, i. e. quae aedificiis inhaerent, deutlich genug bestimmt hatte; sondern seine Absicht war, nach Anleitung des Textes, die gewöhnlichsten Arten von diesen Servituten anzuführen. Wenn nun Theophilus fortfährt: Εἰσὶ δὲ αὗται, so sind diese Worte nicht so zu verstehen, als ob er nun erst die servitutes aedium selbst namentlich angeben wollte. Nein! die Uebersetzung: sunt *autem* hae, ist offenbar unrichtig. Die Partikel δὲ heißt nicht blos autem, sondern sehr häufig, besonders beym Theophilus, soviel als porro oder item; und so hängt alles mit dem Text der Institutionen genau zusammen.

Schon oben (S. 16. f.) ist von dieser Servitut das Besondere bemerkt worden, daß jeder Eigenthümer des damit belasteten Gebäudes das Gemäuer, worauf das Gebäude des Berechtigten ruht, unterhalten und repariren

59) In seiner Ausgabe der Paraphrase. Hag. 1751. 4. Lib. II. Tit. 3. §. 1. not. o. pag. 268.

lassen müsse, sofern es nämlich bey Errichtung der Servitut ausbedungen worden ist [60]). Entstehen Zweifel über die Art der Reparatur, so entscheidet der Vertrag, oder der ehemalige Fuß, wie nämlich die Mauer zu der Zeit beschaffen war, da die Servitut constituirt wurde [61]). Verbessert kann die Mauer zwar immer werden, allein auf keine Weise ist es dem Eigenthümer erlaubt, sie schlechter herzu-

60) Man stritte anfangs darüber, ob ein solcher Vertrag auf eine, jeden Besitzer der dienenden Sache verpflichtende Art, eingegangen werden könne, weil es der Natur einer Servitut, als welche nicht in faciendo bestehen kann, entgegenstreitet. Die bejahende Meinung des Servius behielt jedoch die Oberhand in den Gerichten. *L. 6. §. 2. D. Si servit. vind.* Diese Controvers hatte noch eine andere zur Folge, nämlich die, ob die Klage bey der Servitus oneris ferendi eine blos persönliche, oder, der dabey statthabenden Verpflichtung zur Reparatur ungeachtet, die dingliche actio confessoria sey? Man entschied jedoch für das Letztere, weil denn doch die Klage hauptsächlich auf Anerkennung der Servitut gerichtet wird, und die Verpflichtung zur Reparatur nur als ein Consequens zu betrachten ist. Das Besondere aber dabey ist, daß die actio confessoria, wenn sie der Reparatur wegen angestellet wird, nicht wider jeden Besitzer, sondern nur gegen den Eigenthümer der dienenden Sache Statt findet. So wird nun die *L. 6. §. 3. D. eodem.* verständlich seyn, wo es heißt: Haec autem actio *in rem* magis est, quam *in personam*, et non alii competit, quam domino aedium, et adversus dominum. Gegen den Usufructuar wird dem Eigenthümer des berechtigten Hauses die Klage ausdrücklich abgesprochen. *L. 1. §. 1. D. de servit. praed. urb.* S. oben §. 661. Not. 57. S. 26. und WESTPHAL §. 594. Not. 525. b)

61) *L. 6. §. 5. D. Si servit. vindic.*

herzustellen, als sie vorher war [62]). Es steht jedoch dem Eigenthümer des dienenden Gebäudes frey, die lasttragende Sache zu derelinquiren, und sich hierdurch von der übernommenen Verbindlichkeit der Ausbesserung zu befreyen [63]). Auf jeden Fall muß aber der Eigenthümer des berechtigten Gebäudes für die Unterstützung desselben während der Reparatur selbst sorgen [64]).

II. *Servitus tigni immittendi*, welche in dem Rechte besteht, die Balken meines Gebäudes in die Wand oder Mauer meines Nachbars einzuschieben, und darin ruhen zu lassen [65]). Diese Servitut wird von der vorigen ausdrücklich unterschieden, und Ulpian [66]) macht diesen Unterschied besonders durch die Bemerkung practisch, daß bey derselben jener singuläre Satz wegen der Reparatur nicht Statt finde. Sind die Balken unbrauchbar geworden, so ist es zwar dem Berechtigten unverwehrt, solche mit neuen zu ersetzen. Denn dies bringt nicht nur die causa perpetua der Servitut mit sich, sondern gehört auch zu den Adminiculis, die der Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks dem

62) *L. 6. §. 7. D. eod.* Parietem autem *meliorem* quidem, quam in servitute impositum est, facere licet: *deteriorem* si facit, aut per hanc *actionem* (sc. confessoriam) aut *per operis novi nunciationem* prohibetur.

63) *L. 6. §. 2. in fin. eodem.*

64) *L. 8. pr. D. eod.*

65) *L. 8. §. 1. D. eodem. L. 242. §. 1. D. de Verbor. Signif.* IMMISSUM est, quod ita fieret, ut aliquo loco requiesceret, veluti tigna, trabes, quae immitterentur. TIGNUM heißt nach *L. 62. D. de V. S.* Omne genus materiae, ex qua aedificium constat.

66) *L. 8. §. 2. D. Si servit. vindicet.*

dem Berechtigten gestatten muß. Dahingegen ist es demselben keinesweges erlaubt, in der Folge, um sein Gebäude zu erweitern, mehrere Balken, als ihm anfangs bewilliget waren, einzulegen. Nur dies ist der wahre Sinn der Worte in der *L.* 14. *pr. D. Si servit. vindic.* welche folgendergestalt lauten: Si, cum meus proprius esset paries, passus sim te immittere tigna, quae antea habueris, *si nova velis immittere*, prohiberi a me potes: immo etiam agere tecum potero, *ut ea*, *quae immiseris*, *tollas.* Unter *nova tigna* können also hier keine anderen, als tigna plura verstanden werden, wie die vorhergehenden Worte: *quae antea habueris*, außer Zweifel setzen. Diese Erklärung rechtfertiget sich auch schon dadurch von selbst, daß eine Servitut nicht contra statutam formam et modum ausgeübt werden darf [67]).

§. 668.

Servitus *proiiciendi* und *protegendi.*

III. *Servitus proiiciendi.* Sie ist das Recht, einen Ausbau, z. B. einen Balcon, Erker, oder eine Gallerie, von seinem Gebäude über das Grundstück des Nachbars hervorragen zu lassen, ohne daß solcher auf dem letztern irgend wo

67) *L.* 11. *pr. D. Quemadm. servit. amitt.* Non conceditur plus, *quam pactum est*, in servitute habere. *L.* 12. §. 1. *C. de aedif. privat.* Qui proprias domus renovare cupiunt, *veterem formam non excedant.* S. Münter von Servituten 1. Th. §. 15. Ist das Tramrecht auf eine unbestimmte Art verliehen worden, so behauptet VOET in Commentar. ad Pand. h. t. §. 2. daß der Eigenthümer des berechtigten Gebäudes auch mehrere Balken in die dienstbare Mauer hineinlegen dürfe, als bisher darin befindlich gewesen sind.

wo aufruht. Javolen [68]) sagt, Labeo habe das *Projectum* vom *Immisso* so unterschieden: quod *projectum* esset id, quod ita proveheretur, ut nusquam requiesceret, qualia maeniana [69]) et suggrunda [70]) essent. Eigentlich nur eine besondere Art davon ist

V. die *Servitus protegendi*, oder das Recht ein Wetterdach von meiner Wand aus über meines Nachbars Grundstück in seinen Luftraum hervorragen zu lassen. Der Ausdruck protectum habere supra domum alienam kommt L. 29. §. 1. *D. ad Leg. Aquil.* vor; und Cicero sagt in *Topic. c. 4.* Quod parietis communis tegendi causa proiicitur, ut ex tecto eius, aedes qui protexisset, aqua defluueret [71]). Beyde Servituten beruhen auf dem Grund-

68) *L. 242. §. 1. D. de verb. signif.*

69) *Maeniana* sind nichts anders, als Balcons, offene Gallerien, und Erker an den Gebäuden. Nach FESTUS und ISIDORUS Origin. Lib. XV. c. 3. soll der Name von dem Censor MAENIUS oder MENIANUS herrühren, welcher zuerst dergleichen Gallerien auf dem Markt der öffentlichen Spiele wegen anlegen ließ, die auf Säulen ruheten.

70) Eigentlich *subgrundae*, wie auch Haloander liefet. Denn *subgrunda* heißt ein Vordach, oder Wetterdach.

71) Ueber die Lesart dieser Stelle ist man jedoch im Streit. Man sehe vorzüglich Ge. D'ARNAUD vitae Scaevolarum §. 21. pag. 62. et ad Eundem *Heinr. Io.* ARNTZENIUS not. h. pag. 63. sq. Ich bemerke nur noch, daß *paries communis* bey Cicero nicht durch gemeinschaftliche Wand, sondern Scheidewand zu übersetzen ist. D'Arnaud sagt a. a. O. pag. 65. ganz recht: *Communem parietem* censeo hic appellari, qui uni duntaxat aedificio proprius, sed omnibus eius partibus communis, quales sunt extremi et externi parietes. In dieser Bedeutung kommt dieser Ausdruck auch *L. 4. §. 10. D. fin. regund.* vor.

Grundsatz, daß der Luftraum über meinem Grundstücke als mein Eigenthum anzusehen ist, über welche sich Niemand eine Verfügung anmaßen darf, der nicht deshalb eine Servitut erworben hat. Deswegen sagt sogar Alfenus *L.* 17. *pr. D. Si servit. vindic.* Si quando inter aedes binas paries esset, qui ita ventrem faceret, ut in vicini domum *semipedem* aut amplius procumberet: agi oportet, *ius non esse, illum parietem ita projectum in suum esse invito se.* Nach dieser Stelle kann ich also, wenn sich die Wand meines Nachbars gesenkt, und auch nur einen halben Fuß über ihr Fundament hinaus in mein Grundstück herüber gelehnt hat, mit der actio negatoria auf Herstellung der geraden Linie klagen, weil man schon dies als Anmaßung einer servitus proiiciendi ansehen kann [72]). Eigenmächtige Destruktion des proiecti ist mir jedoch nicht erlaubt, sondern wird als ein damnum iniuria datum angesehen [73]).

§. 669.

72) Man vergleiche über diese Stelle *Car. Christph.* HOFACKER Diss. ad fragmenta, quae ex Alfeni Vari libris 40. Dig. supersunt. (*Tubingae 1775.*) pag. 12. sq.

73) *L.* 29. §. 1. *D. ad Leg. Aquil.* Si protectum meum, quod supra domum tuam *nullo iure* habebam, recidisses, posse me tecum *damni iniuria agere*, *Proculus* scribit: debuisti enim mecum, *ius mihi non esse protectum habere*, agere: non esse aequum, damnum me pati, recisis a te meis tignis. Anders verhält sich die Sache bey der *servitus tigni immittendi.* Hier sagt Pomponius *L.* 27. *pr. D. h. t.* Sed si inter me et te communes sunt Titianae aedes, et ex his aliquid non iure in alias aedes meas proprias *immissum sit*, nempe tecum mihi agere licet, aut *rem perdere.* Cujaz ad h. L. will zwar den Ausdruck rem perdere durch libertatem praedii amittere erklären. Allein diese Erklärung ist offenbar unrichtig, wenn man damit die angeführte *L.* 29. §. 1. *ad L. Aquil.* vergleicht, wo der Grund

§. 669.

Servitus altius tollendi et non tollendi.

VI. Servitus *altius tollendi* und *non tollendi* [74]). Was man sich von diesen Servituten für einen Begriff machen soll, ist unter den Auslegern des Römischen Rechts sehr streitig [75]). Am gewöhnlichsten, und gewiß auch am natürlichsten erklärt man sie so, daß man sagt,

1) die *Servitus altius tollendi* bestehe in dem Rechte, vermöge dessen mein Nachbar leiden muß, daß ich mein

Grund dieses Unterschiedes angegeben wird. Interest enim, sagt Ulpian, quod hic in suo protexit, ille in alieno fecit. *Rem perdere* heißt also hier vielmehr: opus factum propria auctoritate destruere, wie *Franc.* DUARENUS in Comm. ad L. 27. cit. POTHIER in Pandect. Iustin. Tom. I. Tit. Si servit. vindicet. Nr. XV. not. c. pag. 270. *Ger.* NOODT ad Leg. Aquiliam libr. sing. cap. 19. (*Operum* Tom. I. pag. 169) und WESTPHAL de servitut. praed. §. 536. not. 483. diese Worte richtiger erklärt haben. *Io.* VOET in Comm. ad Pandect. h. t. §. 4. hat den Unterschied zwischen tigni immissio und protectio et projectio ebenfalls bemerkt.

74) §. 1. I. *de servitutib.* §. 2. I. *de action.* L. 2. D. *de servit. praed. urb.* L. 7. D. *Commun. praed.* L. 4. §. 7. *et* 8. D. *Si servit. vindic.* L. 5. D. *eodem.* L. 8. *et* 9. C. *de servitut.*

75) Man sehe *Io. Ge.* ESTORIS Commentat. continens observationes varias de altitudine aedium Romanar. deque civium multitudine ad illustrandam servitutem altius tollendi et altius non tollendi. *Lipsiae 1736. 4. Io. Henr. Christ. de* SELCHOW Diss. de servitute altius tollendi romana, eiusque ad Germaniam habitu. *Goettingae 1755. Henr. God.* BAUER Diss. de servitutis altius tollendi vera notione. *Lipsiae 1762. Chr. Henr.* BREUNING specim. capit. iuris controv. de servitute altius tollendi. *Lipsiae 1766.* und Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 361.

Haus höher baue, als es sonst vermöge bestehender öffentlicher, jedoch blos den Vortheil der Nachbarn bezweckender Gesetze, oder vermöge eines unter den Nachbarn vorher eingegangenen, die Freiheit höher zu bauen beschränkenden Vertrags, oder vermöge einer vorhandenen Verjährung, wodurch diese natürliche Freyheit verlohren gieng, geschehen dürfte.

2) Die *Servitus altius non tollendi* hingegen sey das Recht, meinem Nachbar das Höherbauen in seinem Eigenthum zu verbieten, oder zu verbieten, daß er einen neuen Bau nicht über eine durch Uebereinkunft bestimmte Höhe aufführe[76]).

Nach diesen Begriffen läßt sich also die *Servitus altius tollendi* auf verschiedene Art gedenken.

1) Wenn Gesetze vorhanden sind, welche die natürliche Freiheit, sein Gebäude zu einer willkührlichen Höhe aufzuführen, zum Besten der Nachbarn beschränken. Dergleichen Gesetze gab es bey den Römern ohne Zweifel, und zwar a) solche, welche eine gewisse Höhe der Häuser bestimmten, die anfangs gar nicht, in der Folge aber nur nicht ohne Einwilligung des Nachbars überschritten werden durfte. Bekannt sind die Verordnungen der Kaiser Augustus, Nero, Trajan und Zeno[77]). Zwar scheinen ver-

76) *L. 11. §. 1. et L. 23. §. 1. D. h. t.* Vid. *Lud.* CHARONDAE Πειδανῶν seu Verisimil. Lib. I. cap. 5. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. I. pag 696.) *Ulr.* HUBERI Praelection. ad Instit. Lib. II. Tit. 3. §. 11. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 2. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1089. et 1090.

77) SUETONIUS in *Augusto* cap. 89. STRABO *Lib. V.* pag 359. edit. *Almelov.* PLINIUS *Histor. natur.* Lib. XXXIV. cap. 14. TACI-

verschiedene Stellen in den Pandecten eine unbestimmte Höhe der Häuser auch ohne Servitut zu erlauben. Denn so sagt

1) **Ulpian** *L.* 9. *D. h. t.* Cum eo, qui tollendo obscurat vicini aedes, quibus non serviat, nulla competit actio. Nach dieser Stelle soll also nur eine Servitut das Höherbauen, wodurch des Nachbars Licht verdunkelt wird, untersagen können. Bedürfte es wohl einer Servitut, um dem Nachbar das Höherbauen zu verwehren, wenn der Klage schon ein untersagendes Gesetz zum Grunde gelegt werden könnte?

2) L. 11. §. 1. *D. eodem.* Si inter te et vicinum tuum non convenit, ad quam altitudinem extolli aedificia,

TACITUS *Annal.* Lib. XV. cap. 43. AURELIUS VICTOR in *Trajano* cap. 13. Das neueste Gesetz ist die nicht glossirte *L. 12. Cod. de aedif. priv.* welche auch Justinian *L. 13. C. eodem* unter dem Namen der constitutio *Zenonis*, quae *de servitutibus* loquitur, ausdrücklich bestätiget hat. In dieser Constitution heißt es §. 4. Haec autem observari volumus, (er bestimmte nämlich eine Höhe der Häuser von 100 Fuß) *quando nullum adest pactum*, quod aedificare volentem adjuvet. Qui autem *ex pacto vicini* aedificant, intra definitum ab eis modum aedificent: *tunc enim et eo non custodito spatio permittimus attollere aedificia*, etiam si prospectum adimant iis, qui consenserunt, et pacti sunt, aut qui in eorum domos successerunt; quandoquidem competentia iam quibusdam ex conventione iura, per generalem auferri legem non oportet. S. *Io.* MEURSIUS de luxu Rom. c. 12. *Iust.* LIPSIUS de magnitud. urb. Romae. Lib. III. c. 4. *Io.* VOSSIUS de magnit. Rom. vet. c. 6. (Tom. IV. *Thes. Graeviani*). *Io. Gottl.* HEINECCIUS Antiquit. Rom. Lib. II. Tit. 3. §. 7. und WESTPHAL de servitut. praedior. §. 3. not. 2. et §. 111. et not. 109.

ficia, quae facere instituisti, oporteat, arbitrum accipere poteris. Wozu bedurfte es einer richterlichen Bestimmung, hätte diese das Gesetz schon festgestellt gehabt?

3) *L.* 21. *D. eodem.* wo Paulus sagt: Cujus aedificium iure superius est, *ei ius est in infinito supra suum aedificium imponere*: dum inferiora aedificia non graviore servitute oneret, quam pati debent. Wer also einmal das höhere Haus besitzt, der mag fortbauen, so lange es ihm gut dünkt. Er ist an keine bestimmte Gränze gebunden. Ja daß ohne die Servitus, ne luminibus officiatur, ein unbegränztes Höherbauen erlaubt gewesen sey, scheint vollends

4) *L.* 10 *D. h. t.* ausser Zweifel zu setzen, wo gesagt wird: Qui binas aedes habebat, si alteras legavit, *non dubium est, quin heres alias possit altius tollendo obscurare lumina legatarum aedium;* welches endlich

5) durch die *L.* 8. *C. de Servitut. et aqua* nochmals bestätiget wird, wo es heißt: Altius quidem aedificia tollere, *si domus servitutem non debeat*, dominus eius minime prohibetur.

Allein alle diese Stellen sind dennoch der angegebenen Idee von der Servitus altius tollendi nicht entgegen. Denn

1) die *L.* 9. *D. h. t.* will offenbar nur soviel sagen, wenn mein Haus mit keiner Servitut wegen des Höherbauens beschwert ist, so darf mir mein Nachbar solches nicht verbieten, wenn ihm auch gleich dadurch das Licht ver-

verdunkelt würde, sofern ich nur nicht die gesetzmäßige Gränze überschreite [78]).

2) Die *L.* 11. §. 1. *D. h. t.* redet von einem solchen Falle, wo bey der servitus altius non tollendi ein Streit entstand, wie hoch der Nachbar das neue Gebäude aufführen dürfe. Es ist also hier von einer servitus altius tollendi gar keine Rede, wie auch Westphal [79]) schon bemerkt hat.

3) Ueber den Sinn der Worte in der *L.* 24. *D. h. t.* aedificium iure superius sind zwar die Ausleger sehr verschiedener Meinung. Cujaz [80]) und Pothier [81]) verstehen sie von dem Falle, wo dem Gebäude die servitus altius tollendi zusteht. Nehmen wir diese Erklärung an, so würde sich der Zweifel von selbst heben. Allein Paulus muß vielmehr von der servitute tigni immittendi verstanden werden, wie auch Anton Faber [82]) bemerkt hat. Dies erhellet deutlich aus der Verbindung mit der folgenden *L.* 25. *D. eod.* wo es heißt: Hoc quod dictum est, (nämlich in dem vorhergehenden Fragment) *de immissis locum habet ex aedificio alio in aliud:* aliter enim supra alienum aedificium *superius* habere nemo potest. Zwar ist diese Stelle ein Fragment vom Pomponius. Allein merkwürdig ist es, daß beyde Fragmente aus den Commentaren dieser beyden

78) S. *Hug.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XI. cap. 5. Et ita res habeat. p. 531. und WESTPHAL §. 4. not. 2.

79) De servitut. praed. §. 599.

80) Commentar. ad h. L. 24. D. h. t.

81) Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. nr. III. not. c. et d. pag. 262

82) Conjectur. iuris civ. Lib. XIX. cap. 15. pag. 741.

beyden Rechtsgelehrten über den **Sabinus** entlehnt sind, und zwar scheint **Pomponius** Lib. 33. ad Sabinum über dieselbe Lehre des **Sabinus** commentirt zu haben, von welcher **Paulus** libro 15. ad Sabinum handelte. Dies lehren auch die Inscriptionen der Stellen, welche sich in dem 8. Buche der Pandecten aus des **Paulus** und **Pomponius** *libris ad Sabinum* befinden. Vergleicht man nun noch zur Erläuterung die *L.* 8. §. 1. *D. Si servit. vindicet.* wo es heißt: Competit mihi actio adversus eum, qui cessit mihi talem servitutem: *ut in parietem eius tigna immittere mihi liceat, supraque ea tigna* (verbi gratia) *porticum ambulatoriam facere, superque eum parietem columnas structiles imponere, quae tectum porticus ambulatoriae sustineant*; so liegt jetzt der Sinn der L. 24. ganz klar vor Augen. **Paulus** will nämlich soviel sagen, wer die servitus tigni immittendi hat, ist zwar so wenig in Absicht auf die Höhe als Schwere der Belastung auf ein bestimmtes Maas beschränkt, er darf aber doch das dienende Gebäude des Nachbars nicht dergestalt beschweren, daß es durch die Größe der Last beschädiget, und gar in die Gefahr des Einsturzes gebracht würde [83]). Denn es tritt hier die Regel ein, welche **Paulus** giebt *L.* 20 §. 5. *D. h. t.* Omnino sciendum est, *meliorem vicini conditionem fieri posse, deteriorem non posse.* Ganz unrichtig erklärt daher **Westphal** [84]) die

83) Diese Erklärung wird auch durch die *Basilica* bestärkt, in welchen Tom. VI. Lib. LVIII. Tit. 2. Constit. 24. pag. 768. unsere Stelle folgendermaßen lautet: Ὁ ἔχων τὰ ἀνώγεα, τοῖς ἰδίοις ἐπιπτίξει ὅσον θέλει, μὴ βαρῶν μὲν τοι τὰ κατώγεα ὑπὲρ δυνάμιν. i. e. *Qui habet aedificia superiora, quantum vult, suis imponit; dum inferiora non supra, quam ferre possint, oneret.*

84) §. 599. not. b. pag. 385.

die L. 24. von der natürlichen Freyheit des Grundstücks. Ihm ist *aedificium iure superius*, cui non imposita servitus altius tollendi. Allein schon Harmenopulus [85]) hätte ihn eines Andern belehren können, welcher diese Stelle so übersetzt: Οὗτινος τα οικηματα δικαιῳ δουλειας ὑπερκειται, etc. i. e. *Cujus aedes iure servitutis superiores sunt* etc. Aus allem erhellet indessen soviel, daß die L. 24. der angenommenen Idee von der servitus altius tollendi im mindesten nicht widerstreite. Eben so wenig schließen endlich

4) die *L.* 10. *D. h. t.* und *L.* 8. *Cod. de servitut.* eine gesetzmäßige Beschränkung des Höherbauens aus. Denn daß wirklich ein modus altitudinis usitatus bey den Römern vorhanden gewesen sey, setzt das Rescript der Kaiser Sever und Antoninus *L.* 1. *Cod. de aedificiis privatis* außer allem Zweifel.

b) Noch auf eine andere Art ist die natürliche Freyheit höher zu bauen zum Besten des Nachbars in den Röm. Gesetzen beschränkt, ohne dabey auf eine bestimmte Höhe Rücksicht zu nehmen, nämlich wenn dadurch der nöthige Luftzug auf der Dreschtenne des Nachbars verbauet werden würde. Justinian verordnet nämlich *L. ult.* §. 1. *C. de servitut.* Cum autem apertissimi iuris est, fructus aridos conculcatione, quae in area fit, suam naturam et utilitatem ostendere: aliquis vicinum suum vetabat, ita aedificium extollere iuxta aream suam, ut ventus excluderetur, et paleae ex huiusmodi obstaculis secer-

85) Προχειρ. Lib. II. Tit. 4. nr. 62. (in *Supplemento Thes. Meerman.* pag. 136.) Man vergleiche auch *Io. Conr.* RÜCKERI Observation. Cap. III. §. 7. pag. 102. sq. und FEUERBACHS *civilist. Versuche* 1. Th. S. 44. ff.

ni a frugibus non poſſent, quaſi vetito vento ſuam vim per omnem locum inferre ex huiusmodi aedificatione, cum ſecundum ſitum regionis, et auxilium venti aream accedit. *Sancimus itaque, nemini licere ſic aedificare, vel alio modo verſari, ut idoneum ventum et ſufficientem ad praefatum opus infringat, et inutilem domino aream et fructuum inutilitatem faciat* [86]). Erlaubt nun dennoch der Eigenthümer der Dreſchtenne ſeinem Nachbar ein Gebäude aufzuführen, wodurch ihm der Luftzug benommen wird, ſo entſteht daraus ebenfalls, wie **Donellus** [87]) ganz richtig bemerkt, eine ſervitus altius tollendi. Außer ſolchen geſetzlichen Beſchränkungen läßt ſich dieſe Servitut auch

2) dann gedenken, wenn die Freyheit höher zu bauen vorher durch einen unter den Nachbaren eingegangenen Vertrag war eingeſchränkt worden, und nun dieſe Freyheit wieder erlangt wird. Ein Beyſpiel hiervon giebt **Pomponius** *L.* 21. *D. h. t.* wo es heißt: Si domus tua aedificiis meis utramque ſervitutem deberet, *ne altius tolleretur*, et ut ſtillicidium aedificiorum meorum recipere deberet, et tibi conceſſero, *ius eſſe, invito me, altius tollere aedificia tua*: quod ad ſtillicidium meum attinet, ſic ſtatui debebit, ut, ſi altius ſublatis aedificiis tuis ſtillicidia mea cadere in ea non poſſint, ea ratione altius tibi aedificare non liceat; ſi non impediantur ſtillicidia mea, *liceat tibi altius tollere.* **Hofacker** [88]) giebt noch meh-

86) Dieſe L. ult. iſt eine von den 50 Deciſionen des Kaiſers Juſtinian. S. *Em.* MERILLII Expoſit. in L. Deciſion. Iuſtin. Nr. XLVIII.

87) Commentar. iuris civ. Lib. XI. cap. 5. pag. 532.

88) Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1090. not. b.

mehrere Stellen an, nämlich *L.* 26. *pr. D. de except. rei iudicatae* und *L.* 20. *pr. D. de servitut. praed. rustic.*, welche aber keine treffende Beyspiele enthalten. In der oben angeführten *L.* 21. *h. t.* ist zwar von einem solchen Falle die Rede, wo der Nachbar, welcher mir das Höherbauen verbieten konnte, durch einen neuen Vertrag mir dieses Recht wieder eingeräumt hat. Es hat indessen keinen Zweifel, daß diese Freyheit auch durch Verjährung wieder erlangt werden könne [89]). Nur kann deswegen nicht mit **Anton Faber** [90]) und **Christoph Ludwig Crell** [91]) die *Servitus altius tollendi* bloß in einer Usucapion der Freiheit höher zu bauen, wenn sie vorher durch eine von dem Nachbar erworbene Servitut eingeschränkt war, gesetzt werden. Denn kann per consequentiam necessariam die Servitus altius tollendi aus der Usucapion der Freyheit entstehen, warum nicht auch durch einen neuen mit dem Nachbar geschlossenen Vertrag, wodurch er sich seines Servitutrechts zu meinem Vortheil begiebt? Es kann endlich

3) die Freyheit höher zu bauen auch durch eine Verjährung verlohren gegangen seyn, wodurch mein Nachbar die Servitus altius non tollendi erworben hatte. Räumt mir nun dennoch mein Nachbar dieses Recht wieder ein, so entsteht hieraus ebenfalls eine *Servitus altius tollendi.*

89) *L.* 1. *Cod. de servitut. L.* 4. §. 29. *D. de usurpat. et usucap.*

90) Conjectur. iuris civ. Lib. XIX. Cap. 15. pag. 742.

91) Diss. servitutem altius tollendi in usucapione libertatis consistere. *Vitembergae 1733.*

Abweichend von dieser Vorstellungsart sind nun freylich die Ideen vieler Rechtsgelehrten. Nach einigen [92]) soll die Servitus altius tollendi und non tollendi eine und dieselbe Servitut seyn. Sie sagen, eine Servitus altius tollendi lasse sich gar nicht anders gedenken, als wenn das Recht höher zu bauen, welches jedem Eigenthümer schon vermöge der natürlichen Freyheit, und also ohne Servitut, von selbst zusteht, zugleich mit dem Rechte verbunden ist, dem Nachbar das Höherbauen in seinem Eigenthum zu verbieten. Diese Servitut werde nur in Rücksicht des herrschenden Guts, dem sie zusteht, *Servitus altius tollendi*, hingegen in Rücksicht des dienstbaren *Servitus altius non tollendi* genennt. Allein diese Meinung wird dadurch widerlegt, 1) daß diese beyden Servituten in den Gesetzen überall genau von einander unterschieden werden. So sagt ausdrücklich Cajus *L.* 2. *D. h. t.* Urbanorum praediorum iura talia sunt: *altius tollendi et officiendi luminibus vicini, aut non extollendi.* Eben so Paulus *L.* 7. *D. Communia praedior.* Interpositis quoque alienis aedibus imponi servitus potest, velut *ut altius tollere vel non tollere liceat* [93]). 2) Kann zwar allerdings die Servitus altius non tollendi unter der Servitus altius tollendi, als adminiculum, begriffen seyn, insofern sonst dieselbe dem Berechtigten unnütz seyn würde. Allein deswe-

92) *Franc.* CONNANUS Commentar. iuris civ. Lib. IV. cap. 7. BACHOVIUS de actionib. Disp. II. Th. 22. et ad TREUTLERUM Vol. I. Disp. XVII. Th. 3. TITIUS in Iure privat. Lib. III. cap. 14. §. 3. und *God. Lud.* MENCKEN Exercit. qua non dari servitutem altius tollendi contenditur. *Vitembergae 1724.*

93) Man sehe noch *L. 4. §. 7. et 8. L. 5. et L. 6. D. Si servit. vindic. L. 15. D. de novi op. nunciat.*

wegen läßt sich nicht behaupten, daß derjenige, welcher die Servitus altius non tollendi auf seines Nachbars Hause hat, nun auch das seinige nach Gefallen höher bauen dürfte; und dann schränkt doch auch 3) die Servitus altius tollendi die Freyheit zu bauen auf Seiten des Servientis nur in soweit ein, daß dadurch die dem Berechtigten eingeräumte Servitut nicht unnütz gemacht werde[94]).

Nach andern[95]) soll die Servitus altius tollendi in dem Rechte bestehen, meines Nachbars Gebäude oder Mauer zum Nutzen meines Grundstücks auf meine Kosten erhöhen zu dürfen.

Allein dieser Ansicht widerstreitet §. 2. *I. de actionib.* und Theophilus in der griechischen Paraphrase über diese Stelle so offenbar, daß es nur darauf ankommt, was man dagegen einzuwenden versucht hat.

§. 2. *I. de actionib.* lautet folgendermassen. Aeque si agat quis, ius sibi esse fundo forte vel aedibus utendi fruendi, etc. in rem actio est. *Eiusdem generis* est *actio* de iure praediorum urbanorum: veluti si quis agat, *ius sibi esse altius* AEDES SUAS *tollendi*, prospiciendive, vel projiciendi aliquid, vel immittendi tignum in vicini aedes. Contra quoque de usufructu, et de servitutibus prae-

 diorum

94) Man vergleiche hier noch besonders *Arn.* VINNII Commentar. ad §. 1. I. de servitut. nr. 6. et 7. wo diese Meinung ausführlich widerlegt ist.

95) VOET Commentat. ad Pand. h. t. §. 5. PAGENSTECHER Sicilim. ad *Lauterbachium*. Manip. I. pag. 70. HEINECCIUS Antiquitat. Rom. Lib. II. Tit. 3. §. 7. SAMMET Opuscul. pag. 62. und *Renat. Car. von* SENCKENBERG Meditation. iuridic. histor. Medit. I.

diorum rusticorum, item praediorum urbanorum, invicem quoque proditae sunt actiones: ut si quis intendat, *ius non esse adversario* utendi fruendi, eundi, agendi, aquamve ducendi, item *altius tollendi*, prospiciendive, vel projiciendi, immittendive; illae quoque actiones in rem sunt, sed *negativae.*

Wenn hier Justinian zur Erläuterung der aus dem Rechte der Servitut entspringenden actio confessoria unter andern das Beyspiel giebt: ius sibi esse altius *aedes suas* tollendi, so glaubt **Pagenstecher**, es müßten damit die am Schluß der Periode stehenden Worte: *in vicini aedes* verbunden werden. Allein diese Erklärung streitet so offenbar gegen allen lateinischen Redegebrauch, daß sie nicht den mindesten Beyfall verdient. Denn wer hat je gesagt: *aedes tollere in alterius aedes*? **Pagenstecher** fühlte auch selbst in der Folge diese Ungereimtheit so lebhaft, daß er in seinen neuern Schriften seine Hypothese aufgab, und die oben angeführte natürlichere Erklärung annahm [96]).

Eine neue Erklärung giebt Freyherr von **Senkenberg**, um **Pagenstechers** Meinung gegen den ihr widerstreitenden § 2. *I. de action.* aufrecht zu erhalten [97]). Er meint nämlich, daß in diesem §. nicht von der Servitus altius tollendi, sondern vielmehr von dem die Rede sey, welcher vermöge seines freyen Eigenthumsrechts höher bauen will, von seinem Nachbar aber unter dem Vor-

96) Ad Institut. Tit. de servitut. Aphor. 52.

97) Meditationes max. in partem iurid. quinque (*Wezlariae 1789.*) Mantissa 3. pag. 174. sqq.

Vorgeben einer ihm zustehenden Servitut daran verhindert wird; denn auch dieser könne sich der confessorischen Klage bedienen. Allein ich zweifle sehr, ob auch diese sogenannte *nova* §. 2. *I. de action. explicatio* bey einer genauern Prüfung haltbar seyn möchte. Denn 1) würde ja in dem von Senkenberg untergelegten Falle nicht sowohl die actio confessoria, die aus dem Servitutrechte, sondern vielmehr die actio negatoria, die aus dem Rechte des freyen Eigenthums entspringt, Statt haben. Daß aber 2) Justinian in dem angeführten §. wirklich von der *Servitus* altius tollendi redet, setzen die Worte: Eiusdem generis (sc. actio in rem) est actio *de iure praediorum urbanorum*: veluti si quis agat, *ius sibi esse altius aedes suas tollendi*, ausser allem Zweifel; besonders wenn man damit 3) die griechische Paraphrase des Theophilus verbindet, wo es heißt: Κομφεσσορίως κινῶ δέ ἐπὶ δουλείας οἰκίας, οἷον ἐὰν κινῶ λέγων, δίκαιόν μοι προσεῖναι τοῦ εἰς ὕψος ἄιρειν τὴν ἐμὴν οἰκίαν. i. e. *Confessoria ago — etiam in servitute aedium, veluti si ago dicens, ius mihi competere in altum tollendi aedes meas.* Senkenberg beruft sich nun zwar zur Unterstützung seiner neuen Erklärung auf Ulpian, welcher *L.* 4. §. 7. *D. Si servit. vindic.* sagt: Habeo aedes, quibus sunt vicinae Sejanae et Sempronianae. Sempronianis servitutem debeo; adversus dominum Sejanarum volo experiri, altius me tollere prohibentem: in rem actione experiar. Licet enim serviant aedes meae, ei tamen, cum quo agitur, non serviunt. Hoc igitur intendo, *habere me ius altius tollendi, invito eo, cum quo ago:* quantum enim ad eum pertinet, liberas aedes habeo. Allein Senkenberg setzt offenbar hier etwas voraus, was sich schwerlich erwei-

sen

sen läßt, nämlich daß die actio confessoria auch Statt habe, wenn ich die Freyheit meines Grundstücks gegen fremde Anmaßung einer Servitut vindicire. Denn 1) sagt ja Ulpian unmittelbar vorher; Competit autem *de servitute actio* domino aedificii, *neganti servitutem se vicino debere*, cuius aedes non in totum liberae sunt, sed ei, cum quo agitur, servitutem non debent. Nach diesen Worten hat man wohl mehr Grund zu glauben, daß Ulpian von der actio negatoria rede, wenn man zumal damit die *L.* 2. *D. eodem* verbindet, wo Ulpian sagt: De servitutibus in rem actiones competunt nobis tam confessoria, quam negatoria. *Confessoria* ei, qui servitutes sibi competere contendit: *negatoria* domino, qui negat. Von dieser Klage verstehen auch Anton Faber [98]), Johann D'Avezan [99]), und Ferd. Aug. Hommel [100]) den Ulpian. Nun steht zwar noch der Zweifel entgegen, daß doch die Formel: *aio* oder *intendo*, *ius mihi esse*, *altius aedes meas tollendi*, in dem §. 2. *I. de action.* ausdrücklich der actio confessoria zugeeignet wird; daher wollen auch Franz Hotoman [1]), und Lud. Charon= das [2]) den Ulpian wirklich von dieser Klage verstehen.

Man

98) Rational. in Pandect. ad L. 5. §. 6. D Si serv. vind Tom. II. P. II. pag. 246.

99) Servitut. libr. P. VII. Cap. 2. §. Itaque in servitutibus (Tom. IV. *Thes. Meermaniani* pag. 199.)

100) Diss. de actione confessoria ex servitute, et negatoria ex libertate. (*Lipsiae 1721.*) §. 20.

1) Commentar. in Institut. iuris civ. ad §. 2. I. de actionib. pag. 431.

2) Πειθαν. seu Verisimil. Lib. I. cap. 5. (in *Thes. iuris Rom. Otton.* T. I. pag. 696.)

Man kann indessen immerhin auch diese Erklärung annehmen, und **Senkenbergs** Hypothese gewinnt dennoch dabey nichts, weil in dem letztern Falle die Servitus altius tollendi nach der oben angegebenen Erklärung zum Grunde gelegt wird. **Horoman** sagt ausdrücklich: *Quid ergo iliud est, quod modo dicebamus, ius aedes suas tollendi nonnunquam per in rem actionem petendum esse? Et respondetur, tum id faciendum esse, cum antea fuit servitus, quae postea remissa est. Cuius rei exemplum est in L. 21. D. de Servitut. praedior. urb. et L. 20. D. de servitut. rust. ubi casus exponuntur, quibus is, qui servitutem habebat in aedes vicini, ne altius tolleret, postea ius altius tollendi ei concesserat. Extat etiam exemplum in fin. L. 4. D. de usurpat. ubi Paulus loquitur de eo, qui cum servitutem deberet altius non tollendi, tamen per legitimum usucapiendi tempus altius aedificatum habuerat, itaque libertatem usuceperat.* **Und eben so Charondas:** *Altius tollendi servitus latissime patet. Si enim tuis aedes meae servitutem non tollendi, ne luminibus tuis officiam, debeant, atque ea pactionibus aliove modo peremta sit, aut certe, (exempli causa) ad decem pedes remissa. Nunc si aedificantem me illius (peremtae tamen aut ex parte remissae) servitutis iure prohibeas, competit in rem actio confessoria, qua in libertatem aedes meas asserens, ius mihi esse altius tollendi agam. Huc pertinet in non dissimili specie Ulpiani responsum L. 4. §. 7. D. Si servit. vindic. Cum ego, cuius aedes non in totum liberae sunt, Sempronianis non tollendi servitutem deberem, meoque praedio Sejanae vicinae essent, quarum dominus, suis quoque servitutem deberi ratus, altius me tollentem prohibuerit: in rem actione experiar, qua ius mihi aedes altius (quantum ad Sejum pertinet) tollendi,*

lendi, easque esse liberas intendam. Et tum quidem haec actio, licet asserendae libertatis causa institui videatur, est tamen pro servitute, confessoria. Beyde Erklärungen lassen sich also sehr wohl vereinigen, wenn man einen Unterschied macht, ob ich das Recht höher zu bauen, im Fall mich der Nachbar daran hindert, aus dem Rechte des freyen Eigenthums, oder aus dem Rechte einer zustehenden Servitut vindicire; in dem ersten Falle klage ich actione *negatoria*, in dem andern actione *confessoria*.

Ich will zum Beschluß noch einige Erklärungen von der Servitus altius tollendi und non tollendi aus den neuesten Schriften unserer heutigen Rechtsgelehrten hinzufügen.

Thibaut [3]) sagt: Die S. *altius non tollendi* sey, wenn man verspricht, nicht so hoch zu bauen, als man nach den Gesetzen darf. *Altius tollendi* aber, wenn man allgemein verspricht, ein Gebäude zum Vortheil des Nachbars nicht zu erniedrigen. Allein die *L.* 20. *D. h. t.* worauf er sich beruft, redet mit keinem Worte von der S. A. T., geschweige daß sie diesen der Benennung der Sache ganz entgegen streitenden Begriff begründen sollte; und Carpzov [4]), den er für sich anführt, hat die schon längst von andern verworfene, der Natur einer Servitut ganz zuwiderlaufende Idee, die ich mit seinen eigenen Worten hersetzen will: *Rectius dixeris ius altius tollendi referri inter servitutes, quando iure servitutis cogere possum vicinum, ut altius*

3) System des Pand. Rechts 2. B. §. 607. S. 48.

4) Iurispr. for. P. II. Constit. 41. Definit. 13. (nicht Definit. 10.) nr. 7.

tius tollat aedes suas, quia ex eo sentio utilitatem, cum prosit mihi ad arcendum impetum ventorum, vel ut praestet umbram eo loco, quo solem habere gratum non est. Carpzov hat hier nicht an die *L.* 15. §. 1. *D. de servitut.* gedacht.

Endlich noch Münters[5]) Idee. Ihm scheint es eine unrichtige Meinung zu seyn, daß Roms Gesetzgebung den Gebäuden eine bestimmte Höhe vorgeschrieben habe; und glaubt daher, daß statt der oben angegebenen Bestimmungen, als welche ihm nicht zu passen scheinen, folgende substituirt werden müßten. S. *altius tollendi* sey die Gerechtsame, ein Gebäude, selbst zum Nachtheil des Benachbarten höher aufzuführen, als es bis dahin war. Allein steht mir kein Gesetz, noch Vertrag, noch Verjährung entgegen, wodurch die natürliche Freyheit höher zu bauen beschränkt war; so ist die S. A. T. undenkbar. Denn wozu mich das Recht des freien Eigenthums befugt macht, deswegen brauche ich keine Servitut, wenn ich auch dem Nachbar dadurch schade. Die von ihm selbst angeführten *L.* 9. *et* 10. *D. h. t.* und *L.* 8. *C. de servitut* sagen dieses klar. — Die S. *altius non tollendi* hingegen sey eine Befugniß, welche die natürliche Freyheit, nach Willkühr höher zu bauen, benimmt. Dieser Begriff ist von dem oben angegebenen nur den Worten nach unterschieden.

§. 670.

Servitus luminum et ne luminibus officiatur.

VI. *Servitus luminum* et *ne luminibus officiatur.* Ob mit diesen Benennungen nur eine und dieselbige

5) Von Servituten 1. Th. §. 32.

selbige Servitut, oder zwey von einander verschiedene Dienstbarkeiten bezeichnet werden, und worin sie eigentlich bey den Römern bestanden haben, ist unter den Auslegern des Römischen Rechts ebenfalls sehr streitig. Viele [6]) behaupten das erstere; die meisten [7]) aber halten sie für zwey ganz verschiedene Servituten, und erklären sie so: die *servitus luminum* sey das Recht in eine fremde oder gemeinschaftliche Wand Fenster zu machen, um seinem Gebäude dadurch Licht zu geben. Die *servitus ne luminibus officiatur* hingegen sey das Recht, meinem Nachbar zu verbieten, daß er in seinem Eigenthume nichts unternehme, wodurch mir das Licht, das mein Grundstück schon wirklich hat, genommen, oder auch nur vermindert wird. Die Beweisstellen für diese Meinung sind,

1) *L.* 4. *D. h. t.* wo **Paulus** (*lib.* 2. *Institutionum*) sagt: *Luminum servitute* constituta, id adquisitum videtur,

6) *Hug.* DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XI. cap. 5. pag. 529. *Ger.* NOODT Commentar. ad Pand. h. t. Tom. II. pag. 211. sqq. *Reinh.* BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. XVII. Th. 3. Lit. A. und *Frid. Es. a* PUFENDORF Animadversion. iuris. Nr. XXXIII.

7) *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. 6. et 7. *Franc.* CONNANUS Commentar. iur. civ. Lib. IV. cap. 10. pag. 270. *Io.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 9. 10. et 11. *God.* STRAUSS Diss. de servitute ne luminibus officiatur. *Vitemb. 1669. Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris Rom. sec. ord. Dig. h. t. §. 23 — 26. WESTPHAL de lib. et servitut. praedior. §. 603. et 604. *Lud. God.* MADIHN Princip. iuris Rom. P. III. §. 358. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1089. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 437. Münter von Servituten §. 23.

videtur, ut vicinus lumina noſtra excipiat. Cum autem ſervitus imponitur, *ne luminibus officiatur*, hoc maxime adepti videmur, ne ius ſit vicino, invitis nobis altius aedificare, atque ita minuere lumina noſtrorum aedificiorum.

2) *L.* 40. *D. eodem.* Eos, qui *ius luminis immittendi* non habuerunt, *aperto pariete communi*, nullo iure *feneſtras immiſiſſe*, reſpondi. Aus Paulus lib. 3. Reſponſorum entlehnt.

3) *L.* 8. *Cod. de ſervitut. et aqua*, wo die Kaiſer Diocletian und Maximian an einen gewiſſen Anicetus folgendermaßen reſcribiren: Altius quidem aedificia tollere, ſi domus ſervitutem non debeat, dominus eius minime prohibetur. In *pariete* vero *tuo*, ſi *feneſtram* Iulianus vi vel clam *feciſſe* convincatur: ſumtibus ſuis opus tollere, et integrum parietem reſtituere compellitur.

Ueber die ſervitus, *ne luminibus officiatur*, iſt man, ſoviel ich weis, in dem angegebenen Begriff durchgehends einverſtanden, und ſo wäre denn von dieſer Seite kein weiterer Streit übrig. Nur die ſervitus *luminum* iſt der, an ſich unbedeutende, Gegenſtand eines mehr als hundertjährigen Streits, in welchem faſt jede Parthey ſich die Ehre des erfochtenen Sieges zuſchreibt. Es fragt ſich nämlich, ob die ſervitus *luminum* eine von der ſervitute, *ne luminibus officiatur* wirklich verſchiedene Realſervitut ſey, und ob der oben angegebene gemeine Begriff den angeführten Stellen des Römiſchen Rechts entſpreche, oder nicht? Was die erſte Frage anbetrifft, ſo iſt man nun damit völlig aufs

Reine.

Reine. In der That kündiget auch **Paulus** in der oben angeführten *L.* 4. *D. h. t.* durch das *autem* den Unterschied zwischen beyden Servituten so bedeutend und gewichtvoll an, daß es unbegreiflich ist, wie nach der gründlichen Widerlegung dieser auffallend irrigen Hypothese, welcher sie von **Gottfried Strauß** [8]) ist gewürdiget worden, ein scharfsinniger **Pufendorf**[9]) schreiben konnte, servitutem luminum a servitute, ne luminibus officiatur, *nihil differre*, perdocta ratione exposuit *Gerh.* NOODTIUS. Wenn **Noodt**, zur Unterstützung seiner Idee, das *autem* mit *etiam* vertauschen will, so ist diese Crisis für eine von den großen Willkührlichkeiten zu halten, durch welche **Noodt** sooft seine Meinungen geltend zu machen suchte. Vergeblich beruft man sich auf **Ulpians** Auctorität, welcher *L.* 15. *D. h. t.* sagt: Inter servitutes, *ne luminibus officiatur*, et *ne prospectui offendatur* aliud et aliud observatur: quod *in prospectu* plus quis habet, ne quid ei officiatur ad gratiorem prospectum, et liberum; *in luminibus* autem, non officere, ne lumina cuiusquam obscuriora fiant. Quodcunque igitur faciat ad luminis impedimentum, prohibere potest, si servitus debeatur: opusque ei novum nunciari potest, si modo sic faciat, ut lumini noceat. Hier soll nun zwar **Ulpian** sagen, daß die servitus officiatur mit der servitus luminum ein und dasselbe Ding sey, weil er die nämliche Servitut, die er zuerst servitus *ne luminibus officiatur* nannte, nachher *servitus luminum* genannt habe. Dies sucht man noch mehr dadurch zu bestärken, daß auch die servitus prospectus

und

8) Cit. Diss. §. 3 — 8.

9) Animadv. XXXIII. §. 1.

und ne prospectui officiatur für eine und dieselbige Servitut gehalten werde. Und weil die Worte *non officere* noch ein Anstoß sind, so sollen auch diese als unächt zu verdammen seyn, da sie ohnehin bey Haloander fehlen, und in einigen Ausgaben, z. B. in der Gothofredischen eingeklammert sind. Allein offenbar will Ulpian hier nur den Unterschied zwischen der servitus *ne luminibus* und *ne prospectui officiatur* erklären. Er setzt daher zu den Worten *in luminibus* ausdrücklich noch *non officere* hinzu. Diese Worte dürfen also, mögen sie immerhin in einigen Ausgaben eingeklammert seyn, durchaus nicht weggestrichen werden, da ihre Aechtheit sowohl durch die Auctorität der Florentinischen Handschrift, als der Vulgata verbürgt ist. Daher kann auf Haloander, und die durch seine Lesart verursachte Einschließung der Worte non officere schlechterdings keine Rücksicht genommen werden, wie auch schon Jauch [10]) mit Recht gegen Haloander erinnert hat. Ausgemacht wäre es also, daß die *servitus luminum* von der *servitute ne luminibus officiatur* unterschieden ist. Ob es auch die servitus prospectus und ne prospectui officiatur sey, bekümmert mich hier nicht, nur dies ist jetzt noch die Hauptfrage, worin jener Unterschied bestehe? Zwey unserer scharfsinnigsten und berühmtesten Rechtsgelehrten Feuerbach [11]) und Dabelow [12]) haben diese Frage aufs neue zum

10) Meditat. criticae de Negationibus Pandectis Florentin. partim recte vel male adjectis, partim etiamnum adjiciend. Cap. V. pag. 91.

11) Civilistische Versuche. I. Th. Nr. 1.

12) Ueber die Servitus Luminum der Römer gegen H. Prof. *Feuerbach*. Halle und Leipzig 1804. 8.

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

zum Gegenstande ihrer gelehrten Untersuchungen gemacht. Ich will zuförderst die Resultate davon dem Leser kürzlich vor Augen legen.

Herr Prof. Feuerbach sagt, der oben angeführten gewöhnlichen Vorstellung von der servitus luminum fehle es schlechterdings am Beweis. Der ganze Beweis beruhe darauf, daß man eine in sich selbst denkbare Hypothese an die Stelle einer undenkbaren setzen, und uns Glauben machen wolle, daß die Möglichkeit des Begrifs schon der Beweis seiner Wirklichkeit sey. Zwar hätten die Römer allerdings eine Servitut gekannt, die in dem Rechte bestand, in einer fremden oder gemeinschaftlichen Wand Fenster zu haben. Aber diese habe einen ganz andern Namen gehabt. Sie habe *servitus feneſtrae* s. *feneſtrarum* geheißen. Den Beweis liefere Cajus [13]), den man aber (wie denn immer ein Irrthum andere zur Gesellschaft erhält) in Rücksicht dieses Puncts gewöhnlich ganz anders genommen habe. Er sagt nach der gewöhnlichen Lesart: Praediorum urbanorum iura sunt stillicidia, *feneſtrae*, cloacae, altius erigendae domus, aut non erigendae, et *luminum*, *ut ita quis fabricet*, *ut vicinae domui lumen non tollat.* Dieser Text, so wie ihn uns noch Schulting [14]) liefert, verwirre alle Begriffe von diesen Servituten, nach allen Theorien. Denn nach diesem Texte würde Cajus geradezu der *servitus luminum* beylegen, was sonst den Character der servitus *ne luminibus officiatur* ausmacht. Wenn man aber

13) *Inſtitut. L. II. Tit. 1. §. 3.*

14) Iurisprud. Antejustin. pag. 76.

aber mit Aleander[15]) nach luminum noch das Wort et einschaltet, so sey alle Verwirrung gehoben. Nun stehe die *S. luminum* neben der S. *ne lum. officiatur*, jene blos nach ihrem Namen, ohne Erklärung, diese nach ihrer Erklärung, ohne ihren Namen. Nach dieser bescheidenen und unbedenklichen Emendation finde sich nun in jener Stelle des Cajus folgendes: I. die S. *ne luminibus officiatur*, die am Ende beschrieben, aber nicht genannt werde; II. die S. *luminum*, die nur genannt, aber nicht beschrieben werde; endlich III. eine *servitus feneſtrae*, s. *feneſtrarum*, die sich durch den Klang der Worte schon von selbst erkläre. Diese Dienstbarkeit sey es, welche in der oben angeführten L. 40. *D. h. t.* beschrieben werde, und auf die in der gleichfalls oben angeführten *L.* 8. *C. de ſervitut.* hingedeutet sey. Diese sey also das *ius aperiendi feneſtras in pariete alieno vel communi.*

Ganz davon unterschieden sey die *ſervitus luminum*, welche Paulus *L.* 4. *D. h. t.* beschreibe. Hier komme alles auf die Uebersetzung der Worte: *ut vicinus lumina noſtra excipiat*, an. Die grammatische Interpretation entscheide hier allein. Nach dieser bedeute aber *lumina* nicht Fenster, sondern Licht. Der Beweis dafür liege in der *L.* 4. selbst. Denn in ihr kommt ja am Ende das *minuere lumina* vor, welches doch gewiß nichts anders heißen könne, als das Licht, die Hellung schmälern. *Lumen* werde hier dem *proſpectus* entgegengesetzt. Jenes sey das Licht, das von oben herein fällt, dieser aber bedeute die Abwesenheit von Gegenständen, die mir, wenn ich vor mich hinsehe, den Raum der Aussicht begränzen, und ent-

15) Ad CAJI *Inſtitut.* c. 1. not. 34. bey SCHULTING pag. 77.

ferntere Gegenstände verstecken würden [16]). *Excipere lumina* heiße nun also nicht, wie nach der gemeinen Erklärung angenommen wird, Fenster aufnehmen. Es gebe noch eine andere Bedeutung von *excipere*. Es heiße nämlich auch sehr gewöhnlich auffangen, abhalten, verhindern, daß nicht Etwas zu etwas andern komme [17]). *Lumina excipere* heiße also, der Wortbedeutung nach, weiter nichts, als das Licht auffangen, abhalten, verhindern, daß es nicht zu unserm Gebäude komme. Die *lumina nostrorum aedificiorum* am Ende des Fragments seyen nur eine bestimmtere Exposition von jenem *lumina nostra:* und das *excipere lumina* nur der prosaische Ausdruck statt des poetischen: *rapere solem* im Juvenal [18]), welches von allen Interpreten desselben durch das gemeine *excipere solem* übersetzt wird. Weil nun natürlich da Schatten seyn muß, wo kein Licht ist, und derjenige, der das Licht nimmt, nothwendig Schatten giebt, so sey folglich, nach des Paulus Erklärung, *servitus luminum* die Dienstbarkeit, durch welche das dienende Gut mit dem Lichte meines Hauses beschwert ist, durch welche ich ein Recht habe auf den Schatten, den mir das nachbarliche Grundstück giebt,

16) *L. 16. D. h. t.* LUMEN id est, ut coelum videretur. Et interest inter *lumen* et *prospectum*; nam prospectus etiam ex inferioribus locis est, lumen ex inferiori loco esse non potest.

17) Z. B. galea ictus excipere. S. GESNERI Thesaur. Linguae Latinae T. II. v. *Excipio.*

18) *Sat. VII. v. 182.*

Parte alia longis Numidarum fulta columnis
Surgat, et algentem *rapiat* coenatio *solem.*

giebt, das mein Licht aufzufangen und abzuhalten verbunden ist. Hingegen bey der *servitus ne luminibus officiatur* habe ich ein vollkommenes Recht auf das Licht, das mein Grundstück schon wirklich hat, so daß mein Nachbar durch nichts das Licht nehmen, schwächen, und Schatten geben darf. Alles sey auf solche Art klar, deutlich, und zusammenhängend, man dürfe nur die L. 4. wörtlich übersetzen:

„Ist die *servitus luminum* bestellt, so hat man das „Recht erworben, daß das nachbarliche Grundstück „von uns das Licht abhalte (das Licht unsers Gebäu„des auffange). Ist aber dem Nachbar die *servitus* „*ne luminibus officiatur* auferlegt, so haben wir vor„züglich das Recht von ihm zu fordern, daß er nicht „wider unsern Willen höher baue, und das Licht un„sers Gebäudes schmälere."

Die S. *luminum* sey also durch Schattendienstbarkeit, S. *ne luminibus officiatur* durch Lichtdienstbarkeit zu übersetzen. Daß die Römer wirklich eine Schattendienstbarkeit gekannt hätten, bewiesen, außer der L. 4., auch noch andere Stellen. Cajus gedenke auch derselben *L. 2. D. h. t.* unter dem Namen einer *servitus officiendi luminibus vicini*, und die L 17. *D. eodem.* sey nur unter der Voraussetzung vernünftig erklärbar, daß Ulpian [19]) die Verbindlichkeit dessen, der mit der S. *ne luminibus officiatur* beschwert ist, der Verbindlichkeit desjenigen, dem die *servitus luminum* obliegt, einander im Contrast entgegenstel-

19) Si deponat aedificium, sagt Ulpian, vel arboris ramos, quo facto locus opacus quondam coepit solis esse plenus, non facit contra servitutem: hanc enim debuit, *ne luminibus officiat*: nunc non luminibus officit, *sed plus aequo lumen facit.*

len wollte. Den Nutzen einer solchen Schattendienstbarkeit übrigens könne man sich bey dem heißen Clima Italiens sehr gut vorstellen.

Herr Prof. Dabelow hält diese ganze Darstellung von der servitus luminum der Römer für durchaus unrichtig. Weder in der *L.* 4. *D. h. t.* noch in einer der übrigen vom Feuerbach angeführten Gesetzstellen sey von einer Schattendienstbarkeit die Rede. Von einer solchen Servitut finde sich in der ganzen Römisch-Justinianischen Gesetzsammlung keine Spur, es sey auch ganz dem Römischen Sprachgebrauche zuwider, eine Dienstbarkeit *servitus luminum* zu nennen, und sich eine Schattendienstbarkeit dabey zu denken. *Lumina excipere* heiße also in dem Fragment des Paulus gar nicht soviel, als Licht auffangen; sondern *vicinus lumina nostra excipiat* heiße vielmehr, der Nachbar muß unser Licht aufnehmen, so daß er es leidet, zugiebt. Die *L.* 4. wörtlich übersetzt, enthalte demnach folgende Bestimmung:

„Wenn eine *servitus luminum* bestellt worden, so ist
„anzunehmen, daß dadurch dies erworben worden,
„daß der Nachbar unser Licht aufnehmen, d. i. den
„Zugang des Lichts in unser Gebäude von seiner
„Seite her gestatten muß. Wenn aber *Servitus ne*
„*luminibus officiatur* auferlegt wird, ist anzunehmen,
„daß wir vorzüglich dies erlangt haben, daß der
„Nachbar nicht berechtiget sey, wider unsern Willen
„höher zu bauen, und so das Licht unserer Gebäude
„zu schmälern."

Keinen andern Sinn gebe diese Stelle auch nach der logischen Interpretation. Paulus zeige uns hier in wenig Worten,

Worten, welche Rechte daraus entstehen, wenn man bey der Bestellung der Lichtdienstbarkeit das Wort *lumina* allein gebraucht, und wenn man sich der Formel: *ne luminibus officiatur* bedient hat. Nun würde es sich zwar heut zu Tage von selbst verstehen, daß wenn Jemand seinem Nachbar vermöge Bestellung einer Servitut das Recht eingeräumt hat, daß er Licht von seiner Seite her in das Gebäude bringen kann, er ihm auch hernach das Licht nicht wieder verbauen dürfe. Allein die Römer hätten nicht so gedacht. Bey ihnen waren Dienstbarkeiten strictissimae interpretationis. Aus allem ergebe sich klar, daß in dem Fragment des Paulus überall nur von der Lichtdienstbarkeit allein die Rede sey, und zwar habe Paulus von der doppelten Art, diese Dienstbarkeit zu bestellen, sprechen wollen. Seine eigne Meinung geht nun dahin.

„I. Zur Lichtdienstbarkeit überhaupt wurde bey den Römern jede Dienstbarkeit gezählt, die darauf abzweckte, den Gebäuden Licht zu geben, oder das schon vorhandene Licht zu erhalten.“

„II. Man durfte nicht Licht in sein Gebäude von des Nachbars Seite her bringen, wenn das Gebäude hart an der Gränze stand, wenn man nicht das *ius luminis immittendi* besonders erworben oder hergebracht hatte. Stipulirte man sich dieses Recht als eine Dienstbarkeit, und bediente sich dabey blos des Ausdrucks: *lumina*, so war das *servitus luminum*, und man hatte dadurch noch nichts weiter erlangt, als daß der Nachbar nun die immissio luminis von seinem praedio aus zulassen oder gestatten mußte. Um aber den Nachbar auch

zu behindern, das Licht durch Verbauen oder auf eine andere Art wieder zu benehmen, stipulirte man sich:

III. *ne luminibus officiatur*, und dann hieß die Dienstbarkeit Servitus *non officiendi luminibus*, oder *ne luminibus officiatur*. Beyde Dienstbarkeiten verband man gewöhnlich mit einander, wenn man vorsichtig handelte, sonst ließ man es aber auch wohl bey der *Servitus luminum* bewenden. Auch wurde die Servitus ne luminibus officiatur bestellt, 1) wenn man schon das ius luminis immittendi von Alters hergebracht hatte, oder 2) in seinem von der Gränze entfernt liegenden Gebäude Lichtöfnungen nach dem Nachbar zu, wozu man ex iure praedii wohl befugt war, angebracht hatte, um den Nachbar zu hindern, das lumen zu verbauen, oder sonst auf irgend eine Art zu nehmen. Zuweilen stipulirte man

IV. das Lichtrecht so: *lumina ut nunc sunt, ita sint*, wobey lumen, als schon vorhanden vorausgesetzt wurde, und alles in statu quo bleiben mußte. Diese Dienstbarkeit begriff Servitus *ne luminibus officiatur* nicht nur in sich, sondern war auch vortheilhafter als diese, weil dabey gar kein Streit vorkommen konnte, sondern der bisherige Zustand allein die Entscheidungsnorm für zukünftige Fälle abgab. Man stritte sich zwar darüber, ob diese Dienstbarkeit blos für das gewärtige, oder auch für das zukünftige Licht bestellet worden. Nach der billigern Meinung des Pomponius nahm man jedoch das Letztere an, wie aus *L.* 23. *D. h. t.* erhelle."

Es

Es gereicht dem Hr. Prof. Dabelow allerdings zur Ehre, seine Theorie über die servitus luminum unter dem sehr bescheidenen Namen von Vermuthungen aufgestellt zu haben; ich bin auch durch seine Gründe vollkommen überzeugt, daß die Feuerbachische Erklärung von der *L.* 4. *D. h. t.* bey weitem so richtig und unfehlbar nicht sey, als sie ihr Urheber findet; und muß mich billig wundern, daß sie dennoch der tiefdenkende Hermeneutiker, Herr Prof. Thibaut [20]), zu der seinigen gemacht hat. In Ansehung der eigenen Ideen des Herrn Prof. Dabelows ist die Bemerkung, die er macht, allerdings sehr richtig, daß alte Meinungen, oft nur mit schlechten Gründen unterstützt, an und für sich aber viel richtiger, oder doch wenigstens haltbarer sind, als die neuern. Man probire sie also zuvor gehörig, ehe man das Verdammungsurtheil darüber ergehen läßt. Dies scheint hier wirklich ganz der Fall zu seyn. Schon mehrere der ältern Rechtsgelehrten [21]) waren der Meinung, daß die *servitus luminum* das Recht gewesen sey, in seiner eigenen Wand Fenster zu machen, um dadurch von des Nachbars Grundstück her das Licht in sein Gebäude zu bringen. Wer diese Servitut hatte, konnte jedoch deswegen, wie diese behaupten, dem Nachbar das Bauen in seinem Eigenthume noch nicht verwehren, wenn gleich das Licht des zu jener Servitut Berechtigten dadurch verdunkelt worden wäre. Deswegen habe man sich noch besonders die S. ne

20) System des Pandect. Rechts 2. B. §. 607. lit. E. u. F. S. 49. der 2. Aufl.

21) *Iac.* CUJACIUS Observation Lib. I. cap. 4. et cap. 31. *Franc.* DUARENUS Disputat. annivers. Lib. I. cap. 33. und *Io. D'*AVEZAN servitut. libr. P. III. cap. 17. (bey MEERMAN T. IV. pag. 162.)

ne lum. officiatur bestellen lassen. Nun war freylich der Beweis, den man für diese Meinung von dem Ausspruch des Xenocrates [22]): μηδὲν διαφέρειν ἢ τὰς πόδας ἢ τὰς ὀφθαλμὰς εἰς ἀλλοτρίαν οἰκίαν πθέναι, i. e. *nihil referre, oculosne aliquis, an pedes in alienam domum inferat*, entlehnte, des großen Cujaz nicht würdig; und die auf des Harmenopulus [23]) Auctorität gegründete Emendation der *L.* 40. *D. h. t.*, nach welcher aperto pariete *coeco* statt *communi* gelesen werden soll, machte vollends diese Meinung verdächtig [24]). Daher konnte es denn auch nicht an Gründen fehlen, dieselbe ohne weiteres zu verwerfen, zumal da ihr Ulpians *) Auctorität so mächtig entgegen stritte, welcher aus-

22) Bey PLUTARCH in libr. περὶ πολυπραγμ.

23) Προχειρ. Lib. II. Tit. 4. nr. 66. Ὁ μὴ ἐχων δικαιον φωταγωγων θυριδων, ου δυναται τυφλον τοιχον ανοιγειν και ποιειν θυριδας; i. e. *Qui ius feneſtrarum luciferarum non habet*, wie Reitz in Supplem. Theſ. Meerman. pag. 136. überſetzt, *parietem caecum aperire nequit, ac feneſtras facere.*

24) Dieſer Emendation haben ſich beſonders HOTOMANUS Amicabil. Reſpons. Lib. II. cap. 31. *Ulr.* HUBER Eunom. Roman. ad L. 40. cit. pag. 373. ſqq. *Iac.* CONSTANTINAEUS Subtil. Enodation. Lib. II. cap. 15. (in *Theſ. iuris Rom. Otton.* T. IV. pag. 581.) u. *Io.* IENSIUS ſtrictur. ad Rom. iuris Pand. pag. 75. entgegengeſetzt. Jenſius ſtimmt übrigens dem Cujaz in der Hauptſache dennoch bey. Er meint nur, ſeine Emendation ſey hier ganz unnöthig. Denn das Fragment enthalte ein Gutachten des Paulus über einen ihm vorgetragenen Rechtsfall. Hier ſey freylich von einer gemeinſchaftlichen Wand die Rede geweſen, allein aus der Faſſung des Gutachtens ſelbſt laſſe ſich nicht anders glauben, als daß Paulus eben ſo reſpondirt haben würde, wenn der Eigenthümer die Fenſter in ſeiner eigenen Wand nach des Nachbars Grundſtück zu gemacht hätte.

*) *L. 8. §. 5. D. Si ſervit. vindic.*

ausdrücklich sagt: *Cuique in suo licere quidvis facere, vel cum incommodo alterius, modo nihil in alienum immittat.* Allein Herr Prof. Dabelow glaubt dennoch, daß diese Meinung, wenn sie nur aus dem rechten Gesichtspunct betrachtet, und besser bewiesen wird, die wahre Beschaffenheit der servitus luminum der Römer am richtigsten darstelle. Aus dem oben wörtlich angeführten Fragment des Paulus, *L.* 40. *D. h. t.* gehe nach einer vernünftigen Exegese deutlich hervor, daß wer das ius luminis immittendi nicht besonders erworben oder hergebracht hat, nicht befugt sey, von dem Grundstücke des Nachbars her, das Licht in sein Gebäude zu lassen, oder Lichtöffnungen anzubringen. Paulus setze dieses Recht bey der ihm vorgelegten Frage überall als nothwendig voraus, ohne es gerade auf den Fall einer gemeinschaftlichen Wand zu beziehen. Man sey also, nach seiner Meinung, berechtiget anzunehmen, daß man das *ius luminis immittendi* immer erst als besonders erworben oder hergebracht nachweisen müsse, wenn man Lichtöffnungen in sein Gebäude nach dem Nachbar zu anbringen wollte, ohne daß dabey ein Unterschied gemacht werden könne, ob man das Licht durch eine gemeinschaftliche oder seine eigene Wand einlassen will. Es sey nur noch die Frage: Ob man behaupten könne, daß Paulus überall und in jedem Falle, wo Jemand in seine eigene, nach des Nachbars praedium hingehende Wand, Lichtöffnungen anbringen, und das Licht in das Gebäude lassen wollte, das ius luminis immittendi als besonders erworben oder hergebracht angenommen habe, oder nur für den in dem Fragment unterstellten Fall, wenn das Gebäude hart an des Nachbars Grund und Boden stieß? Herr Prof. D. behauptet nun, daß Paulus blos den letztern Fall im Sinn

gehabt

gehabt habe. Denn so stimme die Erklärung des Fragments mit den allgemeinen in der Römischen Gesetzgebung angenommenen Grundsätzen von dem Rechte eines jeden Eigenthümers auf sein Grundstück und der darüber befindlichen Luft und dem Licht am besten überein. Dabey könne der Satz des ältern Röm. Rechts, daß jeder auf seinem Grund und Boden thun könne, was er wolle, und folglich auch in seiner eigenen Wand Fenster machen, und Lichtöffnungen anbringen, recht gut bestehen. Denn er setze als nothwendige Bedingung voraus, daß dem Nachbar dadurch nichts entzogen wird, worauf er ein ausschließendes Recht hat, wie z. B. die Luft und das Licht, welches über seinem Grundstück sich befindet. So wie man nun einen geringen in der Luft schwebenden Ausbau nach des Nachbars Grundstück hinaus, wodurch ihm auch nicht der mindeste Schaden sonst verursacht wird, nicht ohne Dienstbarkeit machen durfte, weil man dadurch sein Recht an der Luft beeinträchtigte, eben so durfte man auch das über seinem Grundstück befindliche Licht nicht an das hart an der Gränze stehende Gebäude einströmen lassen."

Soweit Herr Prof. Dabelow. Es sey mir erlaubt, auch meine Gedanken beyzufügen. Daß es mit der Schattendienstbarkeit nichts sey, können wir, wie ich glaube, für hinlänglich erwiesen annehmen. Eben so ungegründet scheint mir der Unterschied zu seyn, der nach der Feuerbachischen Darstellung zwischen *Servitus luminum* und *fenestrarum* Statt haben soll. In der *L.* 40. *D. h. t.* ist offenbar von keiner andern Servitut die Rede, als von welcher die *L.* 4 *D. eodem* im Contrast mit der Servitus *ne luminibus officiatur* spricht. Die Benennungen *ius luminis immit-*

immittendi und *servitus luminum* bezeichnen eine und dieselbe Servitut. Denn die Ausdrücke *lumina immittere* und *lumina excipere* sind relativ, so wie *tignum immittere* und *tignum excipere* oder *suscipere* in *L.* 6. §. 1. et 2. *D. Si servit vindicet.* ferner *stillicidium immittere* und *stillicidium excipere* oder *recipere* in *L.* 17. §. 3. und *L.* 28. *in fin. D. h. t.* Von dem zur Dienstbarkeit Berechtigten sagen die Gesetze: *immittit lumina*, von demjenigen, welcher die Servitut leiden muß, *excipit nostra lumina.* Aus der Vergleichung dieser Gesetzstellen geht also unwidersprechlich hervor, daß *excipere* hier nicht auffangen, sondern aufnehmen heißt, recipere oder suscipere. Hiernächst lehrt *L.* 40. *D. h. t.* sonnenklar, daß *lumen* oder *lumina immittere* nichts anders heissen solle, als *fenestras immittere*, wie auch Brissonius [25]) diesen Ausdruck erklärt. Ich gebe zu, daß unter *lumina* nicht immer Fenster, sondern oft nur Licht überhaupt verstanden werde, wie z. B. in der Redensart *lumina minuere*, *luminibus officere.* Ja es würde zuweilen ungereimt und lächerlich seyn, wenn man *lumen* oder *lumina* durch Fenster übersetzen wollte. Z. B. in der *L.* 17. §. 1. *D. h. t.* wo Ulpian sagt: Per contrarium, si deponat aedificium, vel arboris ramos, quo facto locus opacus quondam coepit solis esse plenus: non facit contra servitutem. Hanc enim debuit, *ne luminibus officiat*, sed plus aequo *lumen* facit. Allein ganz unläugbar ist es, daß das Wort *lumina* bey der Servitus luminum nichts anders, als Fenster bedeute, insofern darunter überhaupt Lichtöffnungen in einem Gebäude

25) De verbor. Significat. v. *lumen.* Ihm stimmt auch *Iac.* CONSTANTINAEUS subtil. Enodation. Lib. I. cap. 21. (bey OTTO in *Thes. iur. Rom.* Tom. IV. pag. 521.) bey.

bäude verstanden werden, oder wie Gesner [26]) sagt: *foramina parietum ad lucem accipiendam facta*, von dem griechischen Worte ἀπο τῦ φαινειν, *lucere*, quasi φάνεστραι, wie es Nonius dirivirt. Vorzüglich bestärkt uns hierin Harmenopulus [27]), welcher das *ius luminis immittendi*, dessen Paulus in der angeführten *L.* 40. gedenkt, durch δικαιον φωταγωγῶν θυρίδων i. e. *ius fenestrarum luciferarum* übersetzt; und auch Cicero [28]) setzt *feneſtrarum anguſtiae* den *latis luminibus* entgegen. Sollte es also wirklich eine ganz unerwiesene Voraussetzung seyn, wie Hr. Professor Feuerbach sagt, wenn man bey Erklärung der *Servitus luminum* unter *lumina* Fenster versteht? Ich trage wenigstens kein Bedenken, dem würdigen Connanus [29]) beyzupflichten, wenn er sagt: *At hic* (*L.* 40. *D. cit.*) PAULUS *lumen pro feneſtra ipſa, quae lumen immittit, accipit: ut ſervitus luminis immittendi ſit ius immittendae feneſtrae, qua lumen accipiatur.* Ob man sich mit Recht auf Cajus berufen könne, wenn er in der von H. F. angeführten Stelle seiner Institutionen bey der Anzeige der Servitutum urbanarum *feneſtrae* und *lumina* unterscheidet, glaube ich mit Grund bezweifeln zu können. Der Ausdruck *Servitus* s. *ius feneſtrae* kommt in dem ganzen

26) Thesaur. Linguae lat. Tom. II. v. *Feneſtra.*

27) Πεοχειε. Lib. II. Tit. 4. nr. 66. (in *Supplem. Theſauri Meerman.* pag. 136.)

28) *Ad Atticum* Lib. II. Epist. 3. Mehrere Stellen hat Scheller in dem lateinisch-teutschen Lexikon v. *Lumen*, wo er die Redensart *lumina immittere* in *L.* 13. §. 7. *D. de usufr.* und das *ius luminis immittendi* in der *L.* 40. *D. h. t.* ebenfalls von Fenstern erklärt.

29) Commentar. iuris civ. Lib. IV. cap. 10. pag. 270.

zen römischen Gesetzbuche nirgends vor. Das Wort *fenestrae* kann also leicht ein Emblem des westgothischen Compilators seyn, wofür es auch Schulting [30]) hält. Denn es ist gewiß eine richtige Bemerkung des Hrn. Prof. Hugo [31]), wenn er sagt, die westgothischen und die neurömischen Compilatoren hätten des Cajus Institutionen so behandelt, daß sich der wahre Cajus in dem Cajus der Westgothen wohl nicht mehr erkannt hätte.

Es käme also nur noch darauf an, ob die Idee des Hrn. Prof. Dabelow von der Servitus luminum durch seine Ausführung diejenige Haltbarkeit gewonnen habe, daß man ihr vor der gewöhnlichen Erklärung den Vorzug geben könne? Es liegt dabey die Voraussetzung zum Grunde, daß es ohne eine Servitut nicht erlaubt gewesen, in seinem eigenen Gebäude gegen das unmittelbar an der Gränze stehende benachbarte praedium Lichtöfnungen machen zu dürfen, und diese Voraussetzung wird darauf gegründet, daß der Nachbar auf das über seinem Grundstück befindliche Licht ein ausschliessendes Recht habe. Allein gerade jene Voraussetzung ist es, wovon ich einen überzeugendern Beweis gewünscht hätte. Es ist mir doch auch nicht ein einziges Gesetz bekannt, welches dem Eigenthümer hierin beschränken sollte. Die *L.* 40. *D. h. t.* redet ja ausdrücklich nur von einer gemeinschaftlichen Wand, und in Ansehung dieser war auch gewiß Zweifelsgrund genug vorhanden, um darüber bey dem großen Paulus Belehrung einzuholen. Denn es scheinen die Sabinianer und Prokulianer in ihren Grundsätzen über die

30) In Iurisprud. Antejustin. pag. 76. not. 30.

31) Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts. §. 233. der 2. Aufl.

die Befugnisse des Miteigenthümers in Absicht auf einseitige Verfügungen über die gemeinschaftliche Sache von einander abgewichen zu seyn, wie Jacobus Constantinäus [32]) bey Erläuterung der *L.* 40. *D. h. t.* sehr gründlich ausgeführt hat. Ich füge nur noch zur mehreren Bestärkung, daß die Sache wirklich unter den Römischen Juristen streitig gewesen seyn mag, den Umstand hinzu, worauf Constantinäus keine Rücksicht genommen hat, nämlich daß die *L.* 28. *D. Communi divid.* worauf er sich in Verbindung mit *L.* 11. *D. Si servit. vindicet.* beruft, aus des Papinians *Lib.* 7. *Quaestionum* genommen sey. Nun enthielten die *libri Quaestionum* der Römischen Rechtsgelehrten, nach der einstimmigen Meinung aller Rechtslehrer [33]), die ich hierüber verglichen habe, Erörterungen controverser civilistischer Rechtsfragen, die sich eben so sehr durch Umständlichkeit als Ausführlichkeit in Ansehung der Behandlung des erörterten Gegenstandes auszeichneten. Paulus entscheidet nun in der *L.* 40. *D. h. t.* nach der in der Praxis angenommenen Meinung des Sabinus: *in re communi neminem dominorum jure facere quidquam, invito altero, posse*, welche Papinian *L.* 28. *D. Commun. div.* anführt, und Paulus *L.* 26. *D. de servitut. praed. urb.* auch zu der seinigen macht, den ihm

32) Subtilium Enodation. Lib. II. cap. 15. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. IV. pag. 581.)

33) S. *Iac.* CUJACII Tract. I. ad Africanum et Commentar. ad Respons. Papiniani. Princip. *Petr.* PERRENONII Animadversion. et var. Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 11. (in *Ev.* OTTONIS *Th. iur. Rom.* Tom. I. pag. 641.) *Ev.* OTTONIS Papinianus Cap. XII. §. 1. pag. 362. und *Christ. Ludw.* NEUBERS juristische Classiker 1. Th. (*Berlin 1806.*) S. 27.

ihm zum Gutachten vorgelegten Rechtsfall, und beurtheilt darnach das ius, aperto pariete communi, lumina sive fenestras immittendi. Nach dieser Ansicht scheint es mir also eine sehr übereilte Hypothese zu seyn, wenn Johann Jensius [34]) als ausgemacht voraussetzt, daß Paulus auch nicht anders respondirt haben würde, wenn der Nachbar die Fenster in seiner eigenen Wand, gegen des Nachbars Grundstück zu, gemacht hätte. Es ist doch gewiß kein gleichgültiger Umstand, daß die Gesetze bey der Servitus luminum s. fenestrarum immer nur von einer fremden, oder von einer gemeinschaftlichen Wand sprechen. Hätte also Jensius doch nur eine einzige Stelle angeführt, daß das römische Recht auch eine Klage gestatte: ius mihi non esse, fenestras habere *in meo pariete*, vicino invito. Allein wie sollte auch eine solche Klage Statt haben können? Stellt nicht vielmehr Ulpian *L.* 8. §. 5. *D. Si servit. vindic.* den Satz, als ganz unbezweifelt, auf: *In suo cuique hactenus facere licere, quatenus nihil in alienum immittit?* Doch vielleicht war dies nur ein Lehrsatz des strengen Rechts, der in der Folge durch die Entscheidungen der römischen Rechtsgelehrten modificirt worden ist. Auch darüber findet sich nicht die geringste Spur, am wenigsten in der *L.* 40. *D. h. t.* Es gehört wirklich mehr als gemeine Hermenevtic dazu, wenn man den Satz daraus ableiten will: Du darfst kein Licht unmittelbar von deines Nachbars Seite her in dein Gebäude lassen! Ist die Wand mein Alleineigenthum, von welchem Falle Paulus gar nicht spricht, so möchte ich wissen, mit welchem

34) Strictur. ad Rom. iuris Pandect. pag. 75. sq.

welchem Grunde man behaupten könne, daß durch Anlegung der Fenster des Nachbars Rechte auf die über seinem Grundstück befindliche Luft und sein Licht im mindesten beeinträchtiget würden. Immerhin mögen ihm die Fenster lästig seyn, dies kann mir aber doch von den Rechten des freyen Eigenthums, die mir die Gesetze auch alsdann gestatten, wenn gleich durch deren Ausübung dem Nachbar einiger Nachtheil entstehen sollte, nichts benehmen [35]). Eine Klage gegen mich kann dem Nachbar schon darum gar nicht zustehen, weil es ihm ja freysteht, mir meine Fenster zu verbauen [36]). Wie wenig die Befugniß des Eigenthümers, Fenster in seinem Gebäude, nach des Nachbars Grundstück zu, anzulegen, je bezweifelt worden sey, beweißt der zwar freylich viel später lebende, aber doch gewiß zur Erläuterung des römischen Rechts als classischer Zeuge geltende Harmenopulus [37]), wenn er sagt: Τινες των φιλοπραγμονων και φθονερων κωλυειν επιχειρουσι τους οικους κατασκευαξοντας, και μελλοντας κατοπτειαν απο του του ποιεισθαι τοις γειτοσιν: ουτε τοις νομοις ειρηται, ουτε μην

35) *L. 9. et 10. D. h. t.*

36) Man vergleiche hier noch *Hug.* DONELLI Commentar. iuris civ. Lib. XI. cap. 5. pag. 350.

37) Προχειρ. Lib. II. Tit. 4. nr. 50. (bey MEERMAN in *Supplem. nov. Thes. iuris civ. et Canon.* p. 134.) Nur soweit geht freylich die Auctorität des Harmenopulus nicht, daß man aus ihm eine, sowohl in der Florentine als Vulgata, als richtig anerkannte Lesart in den Pandecten zu ändern sich für berechtiget halten dürfte. Mit Recht wird daher Cujaz getadelt, wenn er *L. 40. D. h. t.* statt pariete *communi*, nach Harmenopulus *coeco* lesen will. S. HUBERI Praelect. ad Pand. h. t. §. 6.

μην απο των παλαιων οικηματων ὁρωμεν, ὡς ὁι παλαιοι ταυτην αδικιαν ελογιξοντο: βλεπομεν γαρ πασας σχεδον ειπειν τας οικιας, αλληλας κατοπτευουσας, και ουδε εἰς φθονος τους παλαιους κατειχεν· ὁδεν και ἡμεις την της κατοπτειας ου λογιξομεδα βλαβην. Ἑκαστος ουν των νομιξοντων ταυτην ειναι βλαβην συγχωρειτω μεν τῳ κτιξοντι, αυτος δε τα ἑαυτου ασφαλιξετω οικηματα, και αθεωρητα φυλαττετω, ειτε δια των ανοικτων καλουμενων καγγελων, ειτε δια των συρτων, ἡ ὡς αν αυτος βουληθειη: ου γαρ δικαιον δι ἑτερου βλαβην τα ἑαυτα τινα ασφαλιξεσθαι. Das heißt nach der Reitziſchen Verſion: *Nonnulli litium amantes atque invidi eos, qui aedificant domos, et ſic in vicinorum aedes deſpecturi ſunt, probibere conantur: ſed neque legibus cautum eſt, neque ſane ex vetuſtis aedificiis deprehendimus, veteres banc exiſtimaſſe iniuriam: videmus enim cunctas propemodum domus in ſe mutuo deſpectare, nec ulla majores tenebat invidia: unde et nos deſpectationis incommodum nibili pendimus. Unusquisque igitur, qui boc putat eſſe incommodum, aedificanti quidem ignoſcat, ſed ipſe ſuas communiat aedes, et curet, ne deſpectari poſſint, ſive per apertos, ut vocant, cancellos, ſive per vela, vel prout ipſi libuerit: neque enim aequum eſt, ut quis propter alterius incommodum ſua communiat.* Vergebens wird man ihm das Zeugniß **Ulpians** entgegenſetzen, wenn dieſer *L.* 11. *pr. D. b. t.* ſagt: Qui luminibus vicinorum officere, aliudve quid facere contra commodum eorum vellet, ſciet, *ſe formam ac ſtatum antiquorum aedificiorum cuſtodire debere.* Denn offenbar iſt dabey vorauszuſetzen, daß in Anſehung der vorigen Form ein beſtimmtes Recht des Nachbars vermöge einer Servitut, oder geſetzlichen Verordnung vorhanden ſeyn müſſe, welches freylich bey der Wiederherſtellung des verfallenen

alten Gebäudes respectirt werden muß. Es liegt hier, wie Westphal [38]) ganz richtig bemerkt, der Satz zum Grunde, *mutata licet aedificiorum materia, eadem semper manere illorum iura.* Aus allem ergiebt sich nun soviel, daß unter allen Meinungen über die Servitus luminum immer noch diejenige die richtigste bleibt, nach welcher diese Servitut darin besteht, wenn mein Nachbar leiden muß, daß ich in seiner, oder in einer uns beyden gemeinschaftlichen Wand Fenster oder andere Oeffnungen mache, um dadurch Licht in mein Gebäude zu erhalten. Nur noch einem Einwurfe muß ich begegnen, den man gegen diese Idee macht. Man sagt, daß die S. *luminum* nicht das Recht enthalte, in einer gemeinschaftlichen Wand Fenster zu machen, scheine nach *L.* 26. *D. h. t.* gleichfalls einem Fragment des Paulus, keinem Zweifel unterworfen zu seyn. Da heißt es: *In re communi* nemo dominorum *iure servitutis* neque facere quicquam invito altero potest, neque prohibere, quominus alter faciat, *nulli enim res sua servit.* Itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit: sed per *communi dividundo actionem* consequitur socius, quominus opus fiat, aut id opus, quod fecit, tollat; si modo toti societati prodest, opus tolli. Die gewöhnliche Antwort, daß eine gemeinschaftliche Wand zum Theil res aliena, und also auch hier gewissermaßen fremdes Eigenthum vorhanden sey [39]), ist freylich nicht befriedigend. Allein man lese nur eine Stelle weiter, nämlich die *L.* 27. *D. h. t.* so wird man sich sogleich überzeugen, daß jener Einwurf sehr unbedeutend

38) De lib. et servitut. praedior. §. 912. Not. 804. lit. c. pag. 638.

39) *L. 8. D. h. t.*

tend sey. Es ist ja hier gar nicht die Frage davon, ob in re communi eine Servitut unter den Miteigenthümern dergestalt Statt finde, daß einer gegen den andern actione confessoria oder negatoria klagen könne, welche Paulus aus dem angeführten Grunde: *nulli res sua servit*, mit Recht verneinend entscheidet; sondern es ist die Rede von einer gemeinschaftlichen Wand, welche die Grenzscheidung von zwey benachbarten Häusern ist[40]). Und nun fragt sich's, ob nicht eine gemeinschaftliche Sache der eigenen dienstbar seyn könne? Daß aber dieses keinem Zweifel unterworfen sey, lehrt Pomponius *L.* 27. *D. h. t.* wo er sagt: Sed si inter me et te *communes sint Titianae aedes*, et ex his aliquid non iure *in alias meas proprias immissum sit*, nempe *tecum mihi agere licet*, aut rem perdere. Idem fiet, si *ex tuis propriis aedibus in communes meas et tuas aedes quid similiter esset proiectum*: mihi enim soli *tecum est actio*. Hier ist nicht von der actio communi dividundo die Rede, wie Anton Faber[41]) irrig glaubt, sondern

40) Es ist gar nicht nöthig, daß man sich unter den Worten *aperto pariete communi* gerade den Fall gedenke, daß der eine Nachbar sein Haus abgebrochen habe, und dadurch die Wand von seiner Seite entblößt worden sey. *Aperire parietem* dicitur, sagt BRISSONIUS de Verbor. Significat. v. *Aperire*, qui fenestras vel ianuas in eo facit. *L. ult. D. h. t.* Eben so GESNER in Thes. linguae lat. h. v. und Scheller in dem lat. deutschen Lexicon v. *Aperire*, wo er mit Beziehung auf die *L.* 40. *h. t.* sagt *aperire parietem*, eine Wand durchbrechen, und Fenster hinein machen. Diese Erklärung bestärkt auch HARMENOPULUS Προχειρ. Lib. II. Tit. 4. nr. 66. wo es heißt: *ου δυναται τοιχον ανοιγειν, και ποιειν θυριδας*, i. e. *parietem aperire nequit, ac fenestras facere.*

41) Rational. in Pand. ad h. L.

sondern von der *actio negatoria* [42]). Es erhellet dieses aus einer andern Stelle des **Pomponius**, nämlich der *L.* 14. §. 1. *D. Si servit. vindicet.* wo es heißt: *Si paries communis*, opere abs te facto, in aedes meas se inclinaverit, potero tecum agere, *ius tibi non esse parietem illum ita habere.* Nun setzt diese Klage, wie selbst **Anton Faber** [43]) nicht läugnen kann, immer voraus, *ut id, quod fieri negatur, tale sit, ut potuerit tamen fieri iure servitutis.*

Zum Beschluß verdient noch folgender Unterschied zwischen der Servitus *luminum* und *ne luminibus officiatur* bemerkt zu werden. Wenn mir die erstere zusteht, so kann ich meinem Nachbar nicht alles Bauen in seinem Eigenthum verwehren, sondern ich muß zufrieden seyn, wenn ich nur die zur Bewirthschaftung oder Bewohnung meines Gebäudes nothwendige Hellung behalte [44]). Wenn mir hingegen die letztere zusteht, so darf mein Nachbar nichts unternehmen, wodurch mir das in mein Gebäude fallende Licht auch nur im mindesten geschmälert wird [45]). **Paulus** hat dieses nur kurz durch die Worte *minuere lumina nostrorum*

42) S. POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. Lib. VIII. Tit. 5. Nr. XV. pag. 270. und WESTPHAL de Servit. praedior. §. 536. not. 483. Vergl. auch den 9. Th. dieses Commentars §. 620. S. 7. ff.

43) Rational. in Pandect. ad L. 14. §. 1. D. Si servitut. vind. Tom. II. P. II. pag. 256.

44) S. *Franc.* BROEI Expositon. in Iustin. Institut. Lib. II. Tit. 3. nr. 16. pag. 268.

45) Einen merkwürdigen Rechtsfall über diesen Unterschied hat Hymmen in den Beyträgen zur juriſt. Litteratur in den Preuß. Staaten. 8. Samml. S. 13. ff.

rum aedificiorum ausgedrückt; Ulpian hingegen *L.* 17. *D. h. t.* ausführlicher entwickelt. Er ſagt nämlich *lib.* 29. *ad Sabinum.*

Si arborem ponat, ut lumini officiat, aeque dicendum erit, contra impoſitam ſervitutem eum facere: nam et arbor efficit, quominus coeli videri poſſit. Si tamen id, quod ponitur, lumen quidem nil impediat, ſolem autem auferat, ſi quidem eo loci, quo gratum erat eum non eſſe, poteſt dici, nihil contra ſervitutem facere: ſin vero heliocamino, vel ſolario, dicendum erit, quia umbram facit in loco, cui ſol fuit neceſſarius, contra ſervitutem impoſitam fieri.

§. 1. Per contrarium, ſi deponat aedificium, vel arboris ramos, quo facto locus opacus quondam coepit ſolis eſſe plenus: non facit contra ſervitutem. Hanc enim debuit, ne luminibus officiat: nunc non luminibus officit, ſed plus aequo lumen facit.

§. 2. Interdum dici poteſt, eum quoque, qui tollit aedificium, vel deprimit, luminibus officere: ſi forte *κατα ανταναπλασιν*, id eſt, per refractionem, ſeu repercuſſionem, vel preſſura quadam lumen in eas aedes devolvatur.

Ulpian will hier zeigen, wenn man annehmen könne, daß Jemand der ſeinem Grundſtücke aufgelegten S. *ne luminibus officiatur* entgegen gehandelt habe. Er ſetzt zu dem Ende folgende Fälle auseinander.

1) Wenn der Herr des dienenden Grundstücks einen Baum setzt, der das Licht des Nachbars hindert, so handelt er der Dienstbarkeit entgegen.

2) Wenn aber das, was gesetzt wird, zwar das Licht selbst nicht behindert, sondern nur die Sonnenstrahlen abhält, so muß man unterscheiden, ob dies an einem Orte geschieht, wo das Abwenden der Sonnenstrahlen und das Schattenmachen dem Nachbar angenehm ist, oder an einem Orte, wo ihm die Sonnenstrahlen nöthig sind, wie z. B. wenn das berechtigte Gebäude ein Treib- oder Gewächshaus ist [46]). Im ersten Falle kann man annehmen, es geschehe dadurch

46) In der *L. 17. pr. D. h. t.* kommen die Ausdrücke: *Heliocaminus* ferner *Solarium* vor. CUJACIUS Observation. Lib. XXIII. cap. 20 in fin. hält sie für gleichbedeutend. Er sagt, es werde dadurch locus in superiore parte aedium solis excipiendi causa confectus angezeigt. Ihm stimmt auch POTHIER in Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. VI. Not. d. pag. 263. bey. Allein *Heliocaminus* heißt eigentlich den Worten nach ein Sonnenofen, d. i. ein solcher Ort, der zur Winterszeit blos durch die Sonne geheizt ward, wie *Guil.* BUDAEUS in Annotat ad Pandect. h. L. pag. 115. aus einer Stelle des Plinius *Lib. II. Epist. 17.* erwiesen hat. ALEX. *ab* ALEXANDRO *Genial. Dier.* Lib. V. cap. 5. hat hierbey noch die Bemerkung gemacht: *Fuisse moris prisci, ut iuxta zetam heliocaminus construatur: Zeta enim locus erat unius cubiculi capax, solem hybernum prospectans, ita constructa, ut per heliocaminum vaporem acciperet.* Das Wort *Solarium* bedeutet eigentlich eine Sonnenuhr. Hier aber ein auf Säulen ruhender Altan vor dem Hause, oder Boden auf dem Hause, wo man sich zu sonnen pflegte, und welcher daher so angelegt war, daß die Sonne dahin scheinen mußte, weil auch die Sonnenuhr des Hauses da angebracht war. PLAUTUS *Mil. II.* 3. 60. und II. 4. 25. SUETONIUS in *Claud.* c. 10. und in *Neron.* c. 16. S. auch WESTPHAL §. 606. p. 387.

dadurch nichts der Servitut zuwider, wohl aber in dem letzten Falle.

3) Wenn hingegen der Nachbar, dem die Servitus ne luminibus officiatur auferlegt ist, ein Gebäude niederreißt, oder einem Baume seine Zweige nimmt, wodurch bewirkt wird, daß zu dem bisher schattigen Orte die Sonnenstrahlen dringen, so handelt er der Dienstbarkeit nicht zuwider. Denn er sollte ja nur nicht das Licht behindern, nun aber giebt er sogar mehr Licht, als er zu geben verbunden war.

4) Zuweilen kann man auch annehmen, daß der Nachbar, welcher sein Gebäude niederreißt oder auch nur erniedriget, der Dienstbarkeit zuwider handle, nämlich wenn von demselben das Licht per repercussionem, d. i. durch den Wiederschein und das Zurückprallen der Sonnenstrahlen, in das Gebäude, dem die Servitut zusteht, gebracht wird.

Wir lernen aus dieser Gesetzstelle zugleich den Unterschied zwischen der Servitus *ne luminibus officiatur*, und *altius non tollendi* kennen, welche viele [47]) mit einander verwechseln, und für Eins halten wollen [48]).

Unser

47) *Iac.* CUJACIUS Observat. Lib. XVII. cap. 35. *Arn.* VINNIUS in Commentar. ad §. 1. I. de Servitut. praed. nr. 7. *Hug.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XI. cap. 5. pag. 529. *Hub.* GIPHANIUS Comm. ad §. 1. I. de servitut. nr. 11. *Petr.* OSTERMANN Rational. ad Institut. Disput. XII. pag. 210. BRONCHORST Centur. II. Antinomiar. Assert. V. pag. 134. WISSENBACH ad Institut. Disput. XI. Th. 16. u. a. m.

48) *Ant.* FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 15. pag. 740. und *God.* STRAUSS Diss. cit. de servit. ne luminib. officiatur. §. 17. haben diesen Irrthum ausführlich widerlegt.

Unser Verf. macht hier noch zwey Bemerkungen:

1) Wenn die Lichtdienstbarkeit auf eine solche Art bestellet worden ist, daß es heißt: das Licht soll in dem Zustande gelassen werden, wie es jetzt vorhanden ist, (*lumina, quae nunc sunt, ut ita sint*); so ist zwar darunter die *servitus, ne luminibus officiatur*, begriffen. Es ist indessen ein bedeutender Unterschied, ob man sich bey Bestellung der Servitut dieser Formel bedient hat, oder ob man sich ausdrücklich hat versprechen lassen, daß der Nachbar das Licht unsers Gebäudes nicht schmälern solle. Denn jene Formel gieng blos auf das gegenwärtige Licht. In dem andern Falle war man zwar anfangs darüber im Zweifel, ob man annehmen könne, daß die Dienstbarkeit auch nur blos für das gegenwärtige, oder auch für das zukünftige Licht bestellet werden sey. Man gab indessen der billigern Meinung des **Pomponius** den Vorzug, nach welcher das Versprechen: *ne luminibus officiatur*, so auszulegen ist, daß der Nachbar mir weder die schon in meiner Wand vorhandenen Fenster, noch diejenigen, die ich etwa noch künftig anlegen werde, verbauen noch verdunkeln dürfe. Dies ist der wahre Sinn der *L.* 23. *D. h. t.*

POMPONIUS *lib.* 33. *ad Sabinum.*

Si servitus imposita fuerit: *lumina, quae nunc sunt, ut ita sint*, de futuris luminibus nihil caveri videtur. Quod si ita sit cautum, *ne luminibus officiatur*: ambigua est scriptura, utrumne his luminibus officiatur, *quae nunc sunt*, an etiam his, quae *postea* quoque fuerint? Et humanius est, verbo generali *omne lumen* significa-

ri,

ri, ſive quod *in praeſenti*, ſive *quod poſt tempus conventionis contigerit* [49]).

2) Man vermiſche nicht mit der römiſchen Servitus luminum, das deutſche ſtatutariſche Fenſterrecht oder Lichtrecht, welches darin beſteht, daß der Eigenthümer in der Wand ſeines Hauſes, welche unmittelbar an des Nachbars Grundſtück ſtößt, nicht ohne des Letztern Erlaubniß Fenſter anlegen, noch anders anlegen dürfe, als ſie bisher geweſen ſind. Dies ſetzt aber allemal beſondere, die Freyheit des Eigenthümers hierin beſchränkende, ſtatutariſche Geſetze voraus [50]).

§. 671.

Servitus ſtillicidii vel fluminis recipiendi et non recipiendi.

VII. *Servitus ſtillicidii vel fluminis recipiendi vel non recipiendi*, das Traufrecht. *Stillicidium* heißt das Regenwaſſer, welches tropfenweis vom Dache fällt. *Flumen* hingegen heißt das in Rinnen oder Kanäle geſammelte Regenwaſſer, welches ſich ſtromweiſe vom Dache ergießt. Es gehört hierher die Stelle des Varro, welcher *Lib. IV. de Ling. Lat. pag.* 18. ſagt: Fluvius

49) Ueber die Träumereyen des Anton Fabers und Pard. Pratejus, welche in der *L.* 23. Tribonianismen finden wollen, ſehe man WESTPHAL *de lib. et ſervitut. praedior.* §. 608. not. 532. lit. b.

50) S. Runde Grundſätze des allgemeinen teutſchen Privatrechts §. 284. *a* PUFENDORF Obſervat. iuris univ. Tom. I. Obſ. 196. WALCH Introduct. in controv. iuris civ. Sect. II. cap. 3. §. 26. Schröters vermiſchte juriſt. Abhandlungen 2 Bd. S. 145. ff. und Gebr. Overbeck Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien. 3. Band Medit. 185.

Fluvius quod fluit, item flumen: a quo [51]) lege praediorum urbanorum ſcribitur: *ſtillicidia fluminaque ut ita fluant cadantque* [52]). Inter haec hoc intereſt, quod STILLICIDIUM eo [53]), *quod ſtillatim cadat:* FLUMEN, *quod fluit continue.*

1) *Servitus ſtillicidii vel fluminis recipiendi*, ſ. *immittendi* iſt nun diejenige Dienſtbarkeit, vermöge welcher mein Nachbar leiden muß, daß ich meine Dachtraufe oder Dachrinne auf ſein Grundſtück leite, ſo daß dieſes das von meinem Dache tropfenweis fallende oder ſtromweiſe ſich ergießende Regenwaſſer aufnehmen muß [54]).

2) *Ser-*

51) *A quo* heißt beym Varro immer ſoviel, als *unde*. Man vergleiche Lib. IV. p. 30. pag. 31. pag. 33.

52) *Hug.* GROTIUS in Florum ſparſ. ad Ius Iuſtin. Tit. Inſtit. de Servitut. pag. 47. emendirt dieſe Leſeart folgendermaßen: *Stillicidia fluminaque, uti fluunt caduntque, ita fluant cadantque.* Eigentlich hieß die Formel, worauf hier Varro deutet, ſo: *Flumina, ſtillidia, uti nunc ſunt, ut ita ſint. L. 17. §. 3. D. h. t. L. 33. D. de contrab. emt.* S. *Bar.* BRISSONIUS Selectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. I. cap. 19. et de Formulis Lib. VI. cap. 28.

53) Statt *eo* wäre wohl beſſer *eſt* zu leſen, wie auch *Ab.* HAVERKAMP in Specim. ad *Harmenopuli* Promptuar. Lib. II. Tit. 4. §. 34. et ad L. 13. D. de Servit. praed. ruſticor. etc. Cap. 3. (in OELRICHS *Theſ. Diſſertat. Belgicar.* Vol. I. Tom. III. p. 62.) dafür hält.

54) *L. 17. §. 3. L. 20. §. 2. et 3. L. 28. in fin. D. h. t.* In der *L. 2. D. h. t.* wird dieſe Servitut ſo bezeichnet: *ius ſtillicidium avertendi in tectum vel aream vicini.* THEOPHILUS beſchreibt ſie in Paraphr. gr. ad §. 1. I. de ſervitut. auf folgende Art: Εἶχον οἰκίαν, εἶχες δὲ καὶ σὺ πλησίον οἰκίαν. ἤτησά σε,

2) *Servitus ſtillicidii vel fluminis non recipiendi* kann auf zweierley Art erklärt werden:

a) wenn man dem Nachbar verbieten kann, daß er das Regenwasser, welches auf sein Grundstück fällt, nicht auffangen darf, sondern uns solches zum Gebrauch und Nutzen unsers Grundstücks überlassen muß [55]).

b) Wenn man das Regenwasser eines Andern an einem Orte, wohin es sonst wegen besonderer Statuten fallen oder laufen dürfte, nicht aufzunehmen schuldig ist. Diese letztere Idee bestätiget **Theophilus** in seiner griechischen Paraphrase über §. 1. *I. de Servitut. praedior.* wo er sagt: σὺ εἶχες τοιοῦτον δικαιον κατὰ τῶν ἐμῶν, οἰκημάτων, καὶ ἠτησά σε, ωστε μὴ ἐκπέμπειν σε κατὰ τῶν ἐμῶν δωμάτων, ἢ κατὰ τῶν ἐμῶν μεσαύλων τοὺς σταλαγμὲς, ἢ τὲς κρενὲς ἀπὸ τῶν σῶν κεράμων. i. e. *tu habebas tale ius adverſus aedes meas,* (ſc. ut tibi liceret ſtillicidia aut flumina ex tuis tegulis derivare in mea tecta, vel in meam aream) *et rogavi te, ut ne derivares in mea tecta, aut in meas areas ſtillicidia aut flumina ex tuis tegulis.* Dem **Theophilus** folgen auch

σε, ὥστε μοι ἐξεῖναι τὲς σταλαγμὲς, ἤτοι τὲς κρενοὺς τὲς ἀπὸ τῶν ἐμῶν κεράμων, ἐκπέμπειν κατὰ τῶν σῶν δωμάτων, ἢ κατὰ τοῦ σοῦ μεσαύλε. i. e. *Habebam domum, habebas et tu in propinquo domum; rogavi te, ut mihi liceret ſtillicidia aut flumina ex meis tegulis derivare in tua tecta, vel in tuam aream.*

55) S. *Iul.* PACII Analyſ. Inſtitution. ad Lib. II. Tit. 3. de ſervit. pag. 179. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1089. nr. III. und Höpfner im Commentar über die Inſtitut. des Heinecc. §. 360.

auch Cujaz [56]), a Costa [57]), Vinnius [58]), und Donellus [59]). Der Grund, weswegen Anton Schulting [60]) diesen Begriff verwerfen will, nämlich *quod non sit nova servitus, sed res ad naturalem tantum redeat libertatem*, ist unbedeutend. Warum sollte nicht durch eine Servitut die verloren gegangene natürliche Freyheit wieder hergestellt werden können [61])? Man denke an die *Servitus altius tollendi.*

Die gegenseitigen Verbindlichkeiten der Eigenthümer des dienenden und herrschenden Grundstücks bestehen übrigens bey diesen Servituten darin, daß jener nicht da, wo das Wasser seinen Abfall hat, bauen darf, so daß der Abfluß dadurch gehindert wird [62]); dieser hingegen keine Veränderung mit der Traufe vornehmen darf, welche dem dienenden Grundstück zur größern Beschwerde gereicht. Erleichterung der Servitut hingegen ist keinem Widerspruche unterworfen. Wer das Traufrecht hat, kann daher zwar nach Willkühr das Gefälle erhöhen, aber nicht erniedrigen, so daß der Abfluß stärker wird. Denn das *flumen* ist beschwerlicher, als das *stillicidium*. Eben so darf die Dach-

traufe

56) Comment. ad §. 1. de servitut.

57) Comm. ad eund. §. pag. 190.

58) Comm. ad eund. §. 1. eod. nr. 4.

59) Commentar. iuris civ. Lib. XI. cap. 5.

60) Iurisprud. Antejustin. ad *Cajum* Lib. II. Tit. 1. §. 3. not. 29. pag. 76.

61) S. KONOPAK Institutionen des Röm. Rechts. §. 273. not. k. p. 195.

62) *L. 20. §. 3. L. 21. D. t.*

traufe zwar weiter einwärts, aber nicht weiter vorwärts in des Nachbars Grundstück hineingerückt werden, so daß die Traufe oder Rinne nun an einen andern Ort fällt, wo sie dem dienstbaren Grundstück beschwerlicher ist. Paulus *L.* 20. §. 5. *D. h. t.* hat sich darüber auf folgende Art erklärt: *Stillicidium* quoquo modo adquisitum, *altius tolli potest*: levior enim fit eo facto servitus; cum quod ex alto cadet, lenius, et interdum direptum, nec perveniat ad locum servientem. *Inferius demitti non potest*, quia fit gravior servitus, id est, pro stillicidio flumen. Eadem causa retro duci potest stillicidium: quia in nostro magis incipiet cadere; *produci non potest*, ne alio loco cadat stillicidium, quam in quo posita servitus est. *Lenius facere poterimus, acrius non*[63]).

§. 672.

Servitus prospectus, et ne prospectui officiatur.

VIII. *Servitus prospectus et ne prospectui officiatur.* Daß die *Servitus prospectus* die freye Aussicht zum Zweck habe, lehrt schon die Benennung derselben. Sie soll also nicht bloß, wie die Lichtdienstbarkeit, einen ungehinderten Einfall des Tageslichts von oben herab, zur Erhellung des dienstberechtigten Gebäudes, sichern, sondern

63) Eine Erläuterung dieser Gesetzstelle und Prüfung ihrer Gründe nach den Grundsätzen der Physic und Mathematic finden wir in den göttingischen gelehrten Beyträgen zum Nutzen und Vergnügen vom Jahre 1768. S. 70. und in Christ. Fried. Tönne von Lüttichau vermischten juristi. mathematischen Abhandlungen (Altona 1769. 8.) S. 77. ff.

sondern vorzüglich das Vergnügen und die Annehmlichkeit einer freyen Aussicht gewähren. Daher unterscheiden die Gesetze [64]) zwischen *fenestrae luciferae* und *prospectivae*, wie zwischen *lumen* und *prospectus* [65]). Jene unterschieden sich von den letztern vorzüglich auch dadurch, daß sie gewöhnlich in dem obern Theile der Wand angebracht waren, wo man nicht füglich hinaussehen konnte [66]). Soweit ist alles einverstanden. Allein sehr streitig ist es, ob von der *Servitus prospectus*, die *S. ne prospectui officiatur* unterschieden sey, und worin dieser Unterschied bestehe? Viele

64) *L. 12. §. 2. et 3. Cod. de aedific. privat.*

65) *L. 16. D. h. t.*

66) S. HARMENOPULUS in *Manual. Legg.* Lib. II. Tit. 4. nr. 33. wo er (bey MEERMAN in *Supplem. novo Thes. iuris civ. et canon.* pag. 126. sq.) nach der lat. Uebersetzung des Reitz sagt: *Si coecus sit paries adversus alium fenestras prospectivas* (θυρίδας παρακυπτικας) *habentem, et dominus parietis coeci fenestras luciferas* (θυρίδας φωδαγωγους) *aperire velit, ei hoc facere liceat; id est, ad distantiam trium cubitorum cum semisse a pavimento ac solo suarum aedium.* Ferner nr. 55. pag. 135. sagt Harmenopulus: *Si vero, cum vetusta sint aedificia, inter illa reperiatur aër liber, decem pedibus angustior, nemini eorum liceat praeter antiquam formam suas extollere aedes, aut fenestras facere. Si tamen intermedii sint decem pedes, neque pauciores, tunc prospectivas quidem aedificanti facere haud licebit, nisi eas antea habuerit, luciferas autem illi facere licet, a sexto pede supra solum sive pavimentum aperiendas.* Man vergleiche auch *Abrah.* HAVERKAMP Specim. ad Constant. *Harmenopuli* Promtuarii Lib. II. Tit. 4. §. 34. Cap. I. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertation. Belgicar.* Vol. I. Tom. III. pag. 53.)

Viele Rechtsgelehrten [67]) halten sie für einerley Servitut, und verstehen darunter das Recht, dem Nachbar zu verbieten, daß er mir nicht durch Verbauen die Aussicht ins Freye benehme. Andere hingegen nehmen einen Unterschied an, aber wieder auf verschiedene Art. Nach einigen [68]), denen auch Hellfeld beystimmt, sollen sie blos dem Grade nach differiren. Wer nämlich die *Servitus prospectus* hat, könne nur verlangen, daß ihm der Nachbar nicht die Aussicht in sein Grundstück verbaue. Wer hingegen *Servitutem ne prospectui officiatur* hat, könne dem Nachbar jede Unternehmung verwehren, wodurch die freye Aussicht in und über sein Grundstück nur im mindesten gehindert wird. Andere [69]) sagen, beyde Servituten wären eben so verschieden gewesen, wie die *Servitus luminum, et ne luminibus officiatur.* Nämlich *Servitus prospectus* sey das dingliche Recht, Fenster zur Aussicht in einer fremden Wand anlegen zu dürfen, welche der Eigenthümer derselben leiden muß. *S. ne prospectui officiatur* hingegen sey das dingliche Recht, dem Nachbar zu verbieten, daß er nichts auf seinem

67) *Hug.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XI. cap. 5. pag. 531. *Lud.* CHARONDAS Πεῖθαν. s. Verisimil. Lib. I. cap. 5. nr. 5. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* T. I. pag. 697.) VOET Comm. h. t. §. 12. *Ger.* NOODT ad Pand. h. t. (*Oper.* Tom. II. pag 214.) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1089. und THIBAUT Syst. des P R. 2. B. §. 607. lit. G.

68) PUFENDORF Animadvers. iuris. Anim. 33. BOEHMERI Introd. in ius Dig. h. t. §. 10. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 17. Münter von Servituten 1. Th. §. 25. und 26.

69) *Helf.* HUNNIUS Resolut. iuris civ. Lib. II. Tr. II. Qu. 6. WESTPHAL de Servitut. praedior. §. 603. et 604.

1) Wenn der Herr des dienenden Grundstücks einen Baum setzt, der das Licht des Nachbars hindert, so handelt er der Dienstbarkeit entgegen.

2) Wenn aber das, was gesetzt wird, zwar das Licht selbst nicht behindert, sondern nur die Sonnenstrahlen abhält, so muß man unterscheiden, ob dies an einem Orte geschieht, wo das Abwenden der Sonnenstrahlen und das Schattenmachen dem Nachbar angenehm ist, oder an einem Orte, wo ihm die Sonnenstrahlen nöthig sind, wie z. B. wenn das berechtigte Gebäude ein Treib- oder Gewächshaus ist [46]). Im ersten Falle kann man annehmen, es geschehe dadurch

46) In der *L. 17. pr. D. h. t.* kommen die Ausdrücke: *Heliocaminus* ferner *Solarium* vor. CUJACIUS Observation. Lib. XXIII. cap. 20 in fin. hält sie für gleichbedeutend. Er sagt, es werde dadurch locus in superiore parte aedium solis excipiendi causa confectus angezeigt. Ihm stimmt auch POTHIER in Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. VI. Not. d. pag. 263. bey. Allein *Heliocaminus* heißt eigentlich den Worten nach ein Sonnenofen, d. i. ein solcher Ort, der zur Winterszeit blos durch die Sonne geheizt ward, wie *Guil.* BUDAEUS in Annotat ad Pandect. h. L. pag. 115. aus einer Stelle des Plinius *Lib. II. Epist. 17.* erwiesen hat. ALEX. *ab* ALEXANDRO *Genial. Dier.* Lib. V. cap. 5. hat hierbey noch die Bemerkung gemacht: *Fuisse moris prisci, ut iuxta zetam heliocaminus construatur: Zeta enim locus erat unius cubiculi capax, solem hybernum prospectans, ita constructa, ut per heliocaminum vaporem acciperet.* Das Wort *Solarium* bedeutet eigentlich eine Sonnenuhr. Hier aber ein auf Säulen ruhender Altan vor dem Hause, oder Boden auf dem Hause, wo man sich zu sonnen pflegte, und welcher daher so angelegt war, daß die Sonne dahin scheinen mußte, weil auch die Sonnenuhr des Hauses da angebracht war. PLAUTUS *Mil. II.* 3. 60. und II. 4. 25. SUETONIUS in *Claud.* c. 10. und in *Neron.* c. 16. S. auch WESTPHAL §. 606. p. 387.

dadurch nichts der Servitut zuwider, wohl aber in dem letzten Falle.

3) Wenn hingegen der Nachbar, dem die Servitus ne luminibus officiatur auferlegt ist, ein Gebäude niederreißt, oder einem Baume seine Zweige nimmt, wodurch bewirkt wird, daß zu dem bisher schattigen Orte die Sonnenstrahlen dringen, so handelt er der Dienstbarkeit nicht zuwider. Denn er sollte ja nur nicht das Licht behindern, nun aber giebt er sogar mehr Licht, als er zu geben verbunden war.

4) Zuweilen kann man auch annehmen, daß der Nachbar, welcher sein Gebäude niederreißt oder auch nur erniedriget, der Dienstbarkeit zuwider handle, nämlich wenn von demselben das Licht per repercussionem, d. i. durch den Wiederschein und das Zurückprallen der Sonnenstrahlen, in das Gebäude, dem die Servitut zusteht, gebracht wird.

Wir lernen aus dieser Gesetzstelle zugleich den Unterschied zwischen der Servitus *ne luminibus officiatur*, und *altius non tollendi* kennen, welche viele [47]) mit einander verwechseln, und für Eins halten wollen [48]).

Unser

47) *Iac.* CUJACIUS Observat. Lib. XVII. cap. 35. *Arn.* VINNIUS in Commentar. ad §. 1. I. de Servitut. praed. nr. 7. *Hug.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XI. cap. 5. pag. 529. *Hub.* GIPHANIUS Comm. ad §. 1. I. de servitut. nr. 11. *Petr.* OSTERMANN Rational. ad Institut. Disput. XII. pag. 210. BRONCHORST Centur. II. Antinomiar. Assert. V. pag. 134. WISSENBACH ad Institut. Disput. XI. Th. 16. u. a. m.

48) *Ant.* FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 15. pag. 740. und *God.* STRAUSS Diss. cit. de servit. ne luminib. officiatur. §. 17. haben diesen Irrthum ausführlich widerlegt.

Unser Verf. macht hier noch zwey Bemerkungen:

1) Wenn die Lichtdienstbarkeit auf eine solche Art bestellet worden ist, daß es heißt: das Licht soll in dem Zustande gelassen werden, wie es jetzt vorhanden ist, (*lumina, quae nunc sunt, ut ita sint*); so ist zwar darunter die *servitus, ne luminibus officiatur*, begriffen. Es ist indessen ein bedeutender Unterschied, ob man sich bey Bestellung der Servitut dieser Formel bedient hat, oder ob man sich ausdrücklich hat versprechen lassen, daß der Nachbar das Licht unsers Gebäudes nicht schmälern solle. Denn jene Formel gieng blos auf das gegenwärtige Licht. In dem andern Falle war man zwar anfangs darüber im Zweifel, ob man annehmen könne, daß die Dienstbarkeit auch nur blos für das gegenwärtige, oder auch für das zukünftige Licht bestellet werden sey. Man gab indessen der billigern Meinung des **Pomponius** den Vorzug, nach welcher das Versprechen: *ne luminibus officiatur*, so auszulegen ist, daß der Nachbar mir weder die schon in meiner Wand vorhandenen Fenster, noch diejenigen, die ich etwa noch künftig anlegen werde, verbauen noch verdunkeln dürfe. Dies ist der wahre Sinn der *L.* 23. *D. h. t.*

POMPONIUS *lib.* 33. *ad Sabinum.*

Si servitus imposita fuerit: *lumina, quae nunc sunt, ut ita sint*, de futuris luminibus nihil caveri videtur. Quod si ita sit cautum, *ne luminibus officiatur*: ambigua est scriptura, utrumne his luminibus officiatur, *quae nunc sunt*, an etiam his, quae *postea* quoque fuerint? Et humanius est, verbo generali *omne lumen* significa-

ri,

ri, sive quod *in praesenti*, sive *quod post tempus conventionis contigerit* [49]).

2) Man vermische nicht mit der römischen Servitus luminum, das deutsche statutarische Fensterrecht oder Lichtrecht, welches darin besteht, daß der Eigenthümer in der Wand seines Hauses, welche unmittelbar an des Nachbars Grundstück stößt, nicht ohne des Letztern Erlaubniß Fenster anlegen, noch anders anlegen dürfe, als sie bisher gewesen sind. Dies setzt aber allemal besondere, die Freyheit des Eigenthümers hierin beschränkende, statutarische Gesetze voraus [50]).

§. 671.

Servitus stillicidii vel fluminis recipiendi et non recipiendi.

VII. *Servitus stillicidii vel fluminis recipiendi vel non recipiendi*, das Traufrecht. *Stillicidium* heißt das Regenwasser, welches tropfenweis vom Dache fällt. *Flumen* hingegen heißt das in Rinnen oder Kanäle gesammelte Regenwasser, welches sich stromweise vom Dache ergießt. Es gehört hierher die Stelle des Varro, welcher *Lib. IV. de Ling. Lat. pag.* 18. sagt: Fluvius

49) Ueber die Träumereyen des Anton Fabers und Pard. Pratejus, welche in der *L.* 23. Tribonianismen finden wollen, sehe man WESTPHAL *de lib. et servitut. praedior.* §. 608. not. 532. lit. b.

50) S. Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 284. *a* PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 196. WALCH Introduct. in controv. iuris civ. Sect. II. cap. 3. §. 26. Schröters vermischte jurist. Abhandlungen 2 Bd. S. 145. ff. und Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 3. Band Medit. 185.

Fluvius quod fluit, item flumen: a quo [51]) lege praediorum urbanorum ſcribitur: *ſtillicidia fluminaque ut ita fluant cadantque* [52]). Inter haec hoc intereſt, quod STILLICIDIUM eo [53]), *quod ſtillatim cadat:* FLUMEN, *quod fluit continue.*

1) *Servitus ſtillicidii vel fluminis recipiendi*, ſ. *immittendi* iſt nun diejenige Dienſtbarkeit, vermöge welcher mein Nachbar leiden muß, daß ich meine Dachtraufe oder Dachrinne auf ſein Grundſtück leite, ſo daß dieſes das von meinem Dache tropfenweis fallende oder ſtromweiſe ſich ergießende Regenwaſſer aufnehmen muß [54]).

2) *Ser-*

51) *A quo* heißt beym Varro immer ſoviel, als *unde*. Man vergleiche Lib. IV. p. 30. pag. 31. pag. 33.

52) *Hug.* GROTIUS in Florum ſparſ. ad Ius Iuſtin. Tit. Inſtit. de Servitut. pag. 47. emendirt dieſe Leſeart folgendermaßen: *Stillicidia fluminaque, uti fluunt caduntque, ita fluant cadantque.* Eigentlich hieß die Formel, worauf hier Varro deutet, ſo: *Flumina, ſtillidia, uti nunc ſunt, ut ita ſint. L. 17. §. 3. D. h. t. L. 33. D. de contrab. emt.* S. *Bar.* BRISSONIUS Selectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. I. cap. 19. et de Formulis Lib. VI. cap. 28.

53) Statt *eo* wäre wohl beſſer *eſt* zu leſen, wie auch *Ab.* HAVERKAMP in Specim. ad *Harmenopuli* Promptuar. Lib. II. Tit. 4. §. 34. et ad L. 13. D. de Servit. praed. ruſticor. etc. Cap. 3. (in OELRICHS *Theſ. Diſſertat. Belgicar.* Vol. I. Tom. III. p. 62.) dafür hält.

54) *L. 17. §. 3. L. 20. §. 2. et 3. L. 28. in fin. D. h. t.* In der *L.* 2. *D. h. t.* wird dieſe Servitut ſo bezeichnet: *ius ſtillicidium avertendi in tectum vel aream vicini.* THEOPHILUS beſchreibt ſie in Paraphr. gr. ad §. 1. I. de ſervitut. auf folgende Art: Εἶχον οἰκίαν, εἶχες δὲ καὶ σὺ πλησίον οἰκίαν. ἤτησά σε,

2) *Servitus ſtillicidii vel fluminis non recipiendi* kann auf zweierley Art erklärt werden:

a) wenn man dem Nachbar verbieten kann, daß er das Regenwaſſer, welches auf ſein Grundſtück fällt, nicht auffangen darf, ſondern uns ſolches zum Gebrauch und Nutzen unſers Grundſtücks überlaſſen muß [55]).

b) Wenn man das Regenwaſſer eines Andern an einem Orte, wohin es ſonſt wegen beſonderer Statuten fallen oder laufen dürfte, nicht aufzunehmen ſchuldig iſt. Dieſe letztere Idee beſtätiget Theophilus in ſeiner griechiſchen Paraphraſe über §. 1. *I. de Servitut. praedior.* wo er ſagt: σὺ εἶχες τοιοῦτον δικαιον κατὰ τῶν ἐμῶν, οἰκημάτων, καὶ ἠτησά σε, ωστε μὴ ἐκπέμπειν σε κατὰ τῶν ἐμῶν δωμάτων, ἢ κατὰ τῶν ἐμῶν μεσαύλων τοὺς σταλαγμὲς, ἢ τὲς κρουνὲς ἀπὸ τῶν σῶν κεράμων. i. e. *tu habebas tale ius adverſus aedes meas,* (ſc. ut tibi liceret ſtillicidia aut flumina ex tuis tegulis derivare in mea tecta, vel in meam aream) *et rogavi te, ut ne derivares in mea tecta, aut in meas areas ſtillicidia aut flumina ex tuis tegulis.* Dem Theophilus folgen auch

σε, ὥστε μοι ἐξεῖναι τὲς σταλαγμὲς, ἤτοι τὲς κρουνοὺς τὲς ἀπὸ τῶν ἐμῶν κεράμων, ἐκπέμπειν κατὰ τῶν σῶν δωμάτων, ἢ κατὰ τοῦ σοῦ μεσαύλε. i. e. *Habebam domum, habebas et tu in propinquo domum; rogavi te, ut mihi liceret ſtillicidia aut flumina ex meis tegulis derivare in tua tecta, vel in tuam aream.*

55) S. *Iul.* PACII Analyſ. Inſtitution. ad Lib. II. Tit. 3. de ſervit. pag. 179. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1089. nr. III. und Höpfner im Commentar über die Inſtitut. des Heinecc. §. 360.

auch Cujaz [56]), a Costa [57]), Vinnius [58]), und Donellus [59]). Der Grund, weswegen Anton Schulting [60]) diesen Begriff verwerfen will, nämlich *quod non sit nova servitus, sed res ad naturalem tantum redeat libertatem*, ist unbedeutend. Warum sollte nicht durch eine Servitut die verloren gegangene natürliche Freyheit wieder hergestellt werden können [61])? Man denke an die *Servitus altius tollendi.*

Die gegenseitigen Verbindlichkeiten der Eigenthümer des dienenden und herrschenden Grundstücks bestehen übrigens bey diesen Servituten darin, daß jener nicht da, wo das Wasser seinen Abfall hat, bauen darf, so daß der Abfluß dadurch gehindert wird [62]); dieser hingegen keine Veränderung mit der Traufe vornehmen darf, welche dem dienenden Grundstück zur größern Beschwerde gereicht. Erleichterung der Servitut hingegen ist keinem Widerspruche unterworfen. Wer das Traufrecht hat, kann daher zwar nach Willkühr das Gefälle erhöhen, aber nicht erniedrigen, so daß der Abfluß stärker wird. Denn das *flumen* ist beschwerlicher, als das *stillicidium*. Eben so darf die Dachtraufe

56) Comment. ad §. 1. de servitut.

57) Comm. ad eund. §. pag. 190.

58) Comm. ad eund. §. 1. eod. nr. 4.

59) Commentar. iuris civ. Lib. XI. cap. 5.

60) Iurisprud. Antejustin. ad *Cajum* Lib. II. Tit. 1. §. 3. not. 29. pag. 76.

61) S. KONOPAK Institutionen des Röm. Rechts. §. 273. not. k. p. 195.

62) *L. 20. §. 3. L. 21. D. t.*

traufe zwar weiter einwärts, aber nicht weiter vorwärts in des Nachbars Grundstück hineingerückt werden, so daß die Traufe oder Rinne nun an einen andern Ort fällt, wo sie dem dienstbaren Grundstück beschwerlicher ist. Paulus *L.* 20. §. 5. *D. h. t.* hat sich darüber auf folgende Art erklärt: *Stillicidium* quoquo modo adquisitum, *altius tolli potest*: levior enim fit eo facto servitus; cum quod ex alto cadet, lenius, et interdum direptum, nec perveniat ad locum servientem. *Inferius demitti non potest*, quia fit gravior servitus, id est, pro stillicidio flumen. Eadem causa retro duci potest stillicidium: quia in nostro magis incipiet cadere; *produci non potest*, ne alio loco cadat stillicidium, quam in quo posita servitus est. *Lenius facere poterimus, acrius non*[63]).

§. 672.

Servitus prospectus, et ne prospectui officiatur.

VIII. *Servitus prospectus et ne prospectui officiatur.* Daß die *Servitus prospectus* die freye Aussicht zum Zweck habe, lehrt schon die Benennung derselben. Sie soll also nicht bloß, wie die Lichtdienstbarkeit, einen ungehinderten Einfall des Tageslichts von oben herab, zur Erhellung des dienstberechtigten Gebäudes, sichern, sondern

63) Eine Erläuterung dieser Gesetzstelle und Prüfung ihrer Gründe nach den Grundsätzen der Physic und Mathematic finden wir in den göttingischen gelehrten Beyträgen zum Nutzen und Vergnügen vom Jahre 1768. S. 70. und in Christ. Fried. Tönne von Lüttichau vermischten juristi. mathematischen Abhandlungen (Altona 1769. 8.) S. 77. ff.

sondern vorzüglich das Vergnügen und die Annehmlichkeit einer freyen Aussicht gewähren. Daher unterscheiden die Gesetze [64]) zwischen *feneſtrae luciferae* und *proſpectivae*, wie zwischen *lumen* und *proſpectus* [65]). Jene unterschieden sich von den letztern vorzüglich auch dadurch, daß sie gewöhnlich in dem obern Theile der Wand angebracht waren, wo man nicht füglich hinaussehen konnte [66]). Soweit ist alles einverstanden. Allein sehr streitig ist es, ob von der *Servitus proſpectus*, die *S. ne proſpectui officiatur* unterschieden sey, und worin dieser Unterschied bestehe? Viele

64) *L. 12. §. 2. et 3. Cod. de aedific. privat.*

65) *L. 16. D. h. t.*

66) S. HARMENOPULUS in *Manual. Legg.* Lib. II. Tit. 4. nr. 33. wo er (bey MEERMAN in *Supplem. novo Theſ. iuris civ. et canon.* pag. 126. ſq.) nach der lat. Ueberſetzung des Reitz sagt: *Si coecus ſit paries adverſus alium feneſtras proſpectivas* (θυρίδας παρακυπτικας) *habentem, et dominus parietis coeci feneſtras luciferas* (θυρίδας φωδαγωγους) *aperire velit, ei hoc facere liceat; id eſt, ad diſtantiam trium cubitorum cum ſemiſſe a pavimento ac ſolo ſuarum aedium.* Ferner nr. 55. pag. 135. sagt Harmenopulus: *Si vero, cum vetuſta ſint aedificia, inter illa reperiatur aër liber, decem pedibus anguſtior, nemini eorum liceat praeter antiquam formam ſuas extollere aedes, aut feneſtras facere. Si tamen intermedii ſint decem pedes, neque pauciores, tunc proſpectivas quidem aedificanti facere haud licebit, niſi eas antea habuerit, luciferas autem illi facere licet, a ſexto pede ſupra ſolum ſive pavimentum aperiendas.* Man vergleiche auch *Abrah.* HAVERKAMP Specim. ad Conſtant. *Harmenopuli* Promtuarii Lib. II. Tit. 4. §. 34. Cap. I. (in *Ger.* OELRICHS *Theſ. Diſſertation. Belgicar.* Vol. I. Tom. III. pag. 53.)

Viele Rechtsgelehrten [67]) halten sie für einerley Servitut, und verstehen darunter das Recht, dem Nachbar zu verbieten, daß er mir nicht durch Verbauen die Aussicht ins Freye benehme. Andere hingegen nehmen einen Unterschied an, aber wieder auf verschiedene Art. Nach einigen [68]), denen auch Hellfeld beystimmt, sollen sie blos dem Grade nach differiren. Wer nämlich die *Servitus prospectus* hat, könne nur verlangen, daß ihm der Nachbar nicht die Aussicht in sein Grundstück verbaue. Wer hingegen *Servitutem ne prospectui officiatur* hat, könne dem Nachbar jede Unternehmung verwehren, wodurch die freye Aussicht in und über sein Grundstück nur im mindesten gehindert wird. Andere [69]) sagen, beyde Servituten wären eben so verschieden gewesen, wie die *Servitus luminum, et ne luminibus officiatur.* Nämlich *Servitus prospectus* sey das dingliche Recht, Fenster zur Aussicht in einer fremden Wand anlegen zu dürfen, welche der Eigenthümer derselben leiden muß. *S. ne prospectui officiatur* hingegen sey das dingliche Recht, dem Nachbar zu verbieten, daß er nichts auf seinem

67) *Hug.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XI. cap. 5. pag. 531. *Lud.* CHARONDAS Πειθαν. s. Verisimil. Lib. I. cap. 5. nr. 5. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* T. I. pag. 697.) VOET Comm. h. t. §. 12. *Ger.* NOODT ad Pand. h. t. (*Oper.* Tom. II. pag 214.) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1089. und THIBAUT Syst. des P R. 2. B. §. 607. lit. G.

68) PUFENDORF Animadvers. iuris. Anim. 33. BOEHMERI Introd. in ius Dig. h. t. §. 10. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 17. Münter von Servituten 1. Th. §. 25. und 26.

69) *Helf.* HUNNIUS Resolut. iuris civ. Lib. II. Tr. II. Qu. 6. WESTPHAL de Servitut. praedior. §. 603. et 604.

nem Grundstück unternehme, wodurch den Fenstern meines Gebäudes die freye Aussicht benommen wird. Vergleichen wir alle darüber vorhandenen Gesetzstellen, nämlich *L.* 3. *L.* 12. *L.* 15. *et L.* 16. *D. h. t. L.* 12. §. 2. 3. *et* 4. *C. de aedif. priv.* so ist nirgends ein Unterschied zwischen *S. prospectus et ne prospectui officiatur* angegeben. Auch **Harmenopulus**[70], der von dem prospectu non officiendo so ausführlich handelt, sagt von einem Unterschiede kein Wort. Von dieser Seite verdient also die erste Meinung den Vorzug. Will man indessen die Servitus prospectus nach der Analogie der Servitus luminum erklären, so würde wenigstens kein Gesetz dieser Erklärung widerstreiten. Soviel ist übrigens gewiß, daß diese Servitut auf keine Weise den Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks zur Verschönerung der Aussicht verpflichtet[71]. Er darf sie aber auch nicht durch Aufstellung ekelhafter und Abscheu erregender Gegenstände verschlimmern[72]. Denn der dominans kann mit Recht verlangen, *ne quid ei officiatur ad gratiorem prospectum*, wie **Ulpian**[73]) sagt.

§. 673.

Servitus cloacae; latrinae; fumi immittendi; aquae immittendae; et cuniculi balnearii habendi.

IX. *Servitus cloacae.* CLOACA ist ein Canal, durch welchen man das unreine Wasser aus seinem Gebäude abzu-

70) Promptuar. Lib. II. Tit. 4. nr. 46. — 51.

71) *L.* 15. §. 1. *D. de Servitut.*

72) S. WESTPHAL de Servitut. praed. §. 605. und Münter von Servituten 1. Th. §. 27.

73) *L.* 15. *D. h. t.*

abzuführen pflegt. **Ulpian** sagt *L.* 1. § 4. *D. de Cloacis*: CLOACA est *locus cavus, per quem colluvies quaedam fluat.* Diese sind entweder öffentliche, oder Privat-Kloake, je nachdem sie an einem öffentlichen Orte zur Abführung der Unreinigkeiten überhaupt auf gemeine Kosten angelegt sind, und unterhalten werden, oder in einem Privatgrundstück angebracht sind, um das unreine Wasser aus einem Gebäude abzuleiten. Diese werden auf Privatkosten des Eigenthümers unterhalten und ausgebessert, zu dessen Nutzen sie angelegt sind. Auf diese geht auch nur das Interdictum *de cloacis.* Denn die öffentlichen stehen unter öffentlicher Aufsicht [74]). Hat nun Jemand das Recht, vermöge dessen sein Nachbar leiden muß, daß er die Abzucht durch desselben Grundstück führe, so nennt man diese Dienstbarkeit *Servitus cloacae* [75]). Sie muß aber von dem Dienstberechtigten jederzeit so ausgeübt werden, daß für denjenigen, der solche auf seinem Grundstücke leiden muß, kein Nachtheil daraus entsteht [76]). Es ist ihm daher nur erlaubt, das unreine Spül- und Waschwasser dadurch abzuleiten, keinesweges aber Urin und andere übelriechende Dinge abzuführen [77]). Von den Kloaken und deren Anlegung und Reparatur kommen verschiedene merkwürdige Verordnungen im Harmenopulus vor [78]), die hier nicht am unrechten Orte stehen werden.

74) *L.* 1. §. 3. *et* 5. *D. de Cloacis.* S. WESTPHAL §. 1034.

75) *L.* 7. *D. de Servitut.* Sie kann auch eine servitus rustica seyn. *L.* 2. *D. de servit. praedior. rustic.*

76) *De* BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. §. 15. not. b.

77) S. Joh. Christ. Conr. Schröters vermischte juristische Abhandlungen. 1. Band S. 474.

78) *Manuale Legum* Lib. II. Tit. 4. nr. 79. 80. et 81. (bey MEERMAN in *Supplem. Thes. iuris civ. et canon.* pag. 138. sq.)

„*Qui in area ſua*, heißt es nach der Reitziſchen Verſion, *colluviarium* (χειστηεια, Goßſtein) *non habens, parare velit ad communem vicini murum, in ſua communis muri parte prope colluviarium caementitium murum ſtruere debet, cuius craſſitudo non minor ſit cubito cum beſſe. Idem et de cloacis dictum eſto: ſic enim incorruptus permanebit murus communis.*“

„*In faciendis et reficiendis autem cloacis ſtructura a ſe mutuo in areas et domos admittenda eſt. Velutti, ſi ex area alicuius cloacae exeant, debet illius dominus reſtituere ac ſumtus facere, donec ad meatum alterius aulae perveniat: et ſimiliter in caeteris ſequentibus uſque ad cloacam publicam. Sed ſi publicus meatus ab extima area longe diſtet, debebit haec extima quidem area pro rata cum ſuperioribus contribuere, reliquum vero etiam in caeteras partiri, pro ratione ſuae magnitudinis.*“

„*Cloacarii alvei ita repurgandi ac reficiendi ſunt, ut quisque a ſuo incipiat loco, donec ad aliorum dominorum locum perveniat. Si hortum tranſeat idem cloacarius alveus, dominus horti irriguam terram effodiet, et poſſeſſores repurgabunt, dispertione incipienda a poſſeſſore horti, extra quem putredo proiicietur.*“

„*Similiter quoque, ſi quid opus ſit innovandis teſtis aut tubis canalium, unusquisque a ſuo meatu incipiens reficiat, donec ad alterius vicini tubum perveniat.*“

„*Qui ex editiore coenaculi colluviario tubum deſcendentem ad ſolum facere volet, eum in ſuo hoc facere oportet, neque alienis muris communicare. Sed ſi an-*

tici-

ticipatio fuerit ac ſervitus, et muro aliqua inde corruptela accidat, tunc qui tubi uſum habet, in ſumtibus muri duplam partem agnoſcet. Idem de ſtructura eorum, qui aquas pluvias in lacum deferunt, dictum eſto. Uno verbo, omnis fistula, vel tubus ſordidae aquae ne ex domo in plateam aut forum, aut porticum publicam, aut vicum, vel ut ſimpliciter dicam, in communem tranſitum effluat, ſive in urbe ſive in pago, propter noxias, quae tranſeuntibus inde inferuntur.“

X. *Servitus latrinae* iſt das Recht, den Abtritt (Seceſſus) oder die Miſtgrube (Sterquilinium) auf dem Grundſtücke des Nachbars, oder doch näher an demſelben zu haben, als ſonſt nach den Geſetzen oder Statuten des Orts erlaubt iſt. Daß dieſe Servitut den Römern nicht unbekannt geweſen ſey, erhellet theils daraus, weil der *latrinae* hin und wieder in den Geſetzen Erwähnung geſchieht[79]); theils aus einer Stelle des **Alfenus Varus**, welcher *L.* 17. §. 2. *D. Si ſervit. vindicet.* ſagt:

Secundum cuius parietem *ſterculinium* feciebat, *ex quo paries madeſcebat*, conſulebatur, quemadmodum poſſet vicinum cogere, *ut ſterculinum tolleret*? Reſpondi, ſi in loco publico id feciſſet, per Interdictum[80]) cogi poſſe: ſed ſi in privato, *de ſervitute agere oportere.* Si damni infecti ſtipulatus eſſet, poſſit per eam ſtipulationem, ſi quid ex ea re ſibi damni datum eſſet, ſervare.

79) *L.* 15. §. 1. *D. de Uſufr. L.* 12. §. 4. *Cod. de aedific. priv.*

80) Es iſt dieſes das Interdictum: *ne quid in loco publico fiat.* L. 2. §. 5. et 6. D. Ne quid in loco publ.

Nach dieser Stelle kann ich also actione negatoria gegen meinen Nachbar klagen, wenn er, ohne daß ihm deshalb eine Servitut constituirt worden ist, seine Mistgrube so nahe an meine Wand angelegt hat, daß diese Schaden leidet. Im Harmenopulus [81]) findet sich eine ausführliche Verordnung über die Anlegung der Abtritte und Mistgruben, welche hier um so mehr einen Platz verdient, da sie fast noch gar nicht benutzt worden ist [82]). Harmenopulus sagt nämlich:

„Τον κοπρωδοχειον βαλομενον. η λιμνην κατασκευασαι εκ νεου εν τοις ἑαυτε, ει μεν οικοδομητος ειη ὁ τε κοπρωδοχειου τοιχος ὁ προσεγγιξων τω γειτονι, χρη αφισταθαι τε τε γειτονος τοιχου πηχεις τρεις, και ὁυτως οικοδομειν τον τοιχον, εγχωρηγον μεν τοι, και ουκ ελαττονα το παχος πηχεως ἑνος· πλακουν δε η χαλκουν το τε κοπρωδοχειου η της λιμνης τελμα, το προς αυτω τω γενομενω τοιχω, αχρι της ἡμισειας πηχεως· το δε πλατος τριων και τριτον, δια την των σκαπτοντων ορυξιν, και την τε ὑδατος παραρροιαν. Ει δε ορυκτος ειη ὁ τε κοπρωδοχειε η της λιμνης τοπος, τοιχου μη γενομενου τηνικαυτα χρη αφισταν αυτον τε τε γειτονος τοιχου την τε κοπρωνος πλευραν την προς τω γειτονι, πηχεις ἑξ και διμοι-

81) Προχειρ. νομων Lib. II. Tit. 4. nr. 78. bey MEERMAN in *Supplem. novi Theſ. iuris civ. et canon.* p. 138.

82) *Car. Chr.* HOFACKER, oder vielmehr unter dessen Vorsitz *Anſ. Frid.* PISTORIUS in Diſſ. ad fragmenta, quae ex Alfeni Vari libris XL. Digestorum superſunt. *Tubingae 1775.* hat pag 16—18. die *L. 17. D. Si ſervit. vindic.* ausführlich erklärt, aber den Harmenopulus dabey nicht benutzt.

διμοιρον, και ουτω την ορυζιν ποιειν. Ει δε τω χρονω υπορυσσομενης της γης επικαταλαβοι τω προειρημενω των τριων πηχεων και τριτε, τηνικαυτα κατναγκαξεσθαι αυτον τον προειρημενον τοιχον ποιειν· και ταυτα μεν, εν οις παρακεινται οικηματα. Ει δε ψιλοι τοποι εισιν οι τε χειτονος, των ειρημενων μετρων το ημισυ· ει δε αμφοτερων εισαν των μερων κοπρωνες, αφιεντες πηχεις αλληλων μεταξυ δυο, τουτο ποιειτωσαν." d. i. nach der Reitzischen Ueberſetzung: *Qui latrinam aut ſterquilinium vel ſtagnum in ſuo de novo facere vult, ſi ſtructilis ſit ſterquilinii murus, qui vicino eſt proximus, cubitos* [83]) *tres a vicini pariete diſtare debet, et ſic murum conſtruere, caementitium tamen, nec latitudine minorem cubito uno: tabulatam vero aut aeneam ſterquilinii vel ſtagni lacunam, quae ad ipſum exſtructum eſt murum, ad ſemiſſem usque cubiti* [84]). *Sed latitudo ſit trium cubitorum ac trientis, propter foſſorum operam et aquae effluxionem. Quod ſi foſſitius ſit ſterquilinii aut ſtagni locus, neque murus exſtruatur, tum latus ſterquilinii, a vicino proximum, ſex cubitos et beſſem a vicini muro removendum eſt, et ſic foſſio incipienda.*

83) Was *cubitus* ſey, erklärt HARMENOPULUS Lib. II. Tit. 4. nr. 12. (bey MEERMAN pag. 117.) *Digitus eſt primus, ſicut unitas in numeris. Palmus habet digitos quatuor. Cubitus habet ſesquipedem; ſive palmos ſex.*

84) *Bernh. a* REY in *Epitome iuris civ. Conſt. Harmenopuli ab Eo in latin. linguam converſa.* (*Coloniae 1547. 8.*) pag. 222. überſetzt dieſe etwas dunkele Stelle deutlicher ſo: *extremitatem autem latrinae, vel ſtagni, ex tabulis, vel aere, quae ad dimidium usque cubiti exſtructo parieti adjicienda eſt.*

Si vero ſuffoſſa temporis lapſu tellure, ad dictam trium cubitorum et trientis menſuram accedatur, tunc cogetur dictum murum exſtruere. Et haec quidem, ubi aedificia adjacent: at ſi loca vicini ſunt vacua, dictarum menſurarum dimidium abſtinebit. Quodſi utrimque ſint ſterquilinia, relictis inter ſe cubitis duobus, illa faciant.“

Auch in den alten deutſchen Rechtsſammlungen finden wir darüber Verordnungen, welche auch noch zum Theil in Deutſchland befolgt werden. So heißt es in dem Sachſenſpiegel 2. Buch Art. 51.

„Ofen, Gänge oder Schleuſen (cloacae) und Schweinkoben ſollen drey Fuß vom Zaun ſtehen.“

Faſt eben ſo lehrt das Sächſiſche Weichbild Art. 122.

„Backöfen, Heimlichkeiten und Schweinkoben ſollen drey Fuß von dem Zaun ſtehen.“

Daß dieſes Recht auch heut zu Tage in den Provinzen Deutſchlands gelte, wo das Sächſiſche Recht ſich im Gebrauche erhalten hat, bezeugen Carpzov [85]) und Berger [86]). Auſſer den Ländern des Sächſiſchen Rechts müſſe man jedoch, ſagt Leyſer [87]), nach der *L.* 13. *D. fin. regundorum* ſprechen, wo es heißt:

Qui ſcrobem foderit, *quantum profunditatis habuerit*, tantum ſpatii relinquito.

Soviel

85) Deciſ. 108.

86) Oeconom. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 15. Not. 1.

87) Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CVII. medit. 4. et 5.

Soviel erhellet indessen aus allem, daß man, in Ermangelung bestimmter Gesetze, wenigstens immer so weit mit der Mistgrube von des Nachbars Wand entfernt bleiben muß, daß derselben daraus kein Schaden entsteht [88]), oder man muß sich deshalb eine Servitut constituiren lassen.

Ausser diesen Servituten werden in unsern Gesetzen noch folgende Servitutes urbanae erwähnt.

XI. *Servitus fumi immittendi* seu *recipiendi*, oder das Recht, vermöge dessen mein Nachbar den Rauch aus meinem Gebäude aufnehmen muß. Zwar ist es jedem Eigenthümer erlaubt, in seinen Oefen und auf seinem Heerd Feuer zu machen. Allein ich darf auch meinem Nachbar durch den verursachten Rauch nicht beschwerlich fallen, sondern er kann sich dieses mit der actio negatoria verbitten, wofern nicht deshalb eine Servitut constituirt wird [89]).

XII. *Servitus aquae immittendae in aedes s. aream vicini*, vermöge deren mein Nachbar leiden muß, daß ich

das

88) Vergl. STRYCK Tr. de iure sensuum. Dissert. V. Cap. 3. nr. 19. sqq. und HUBERI Praelect. ad Pandect. h. t. §. 12.

89) *L. 8. §. 5. et 6. D. Si servit. vindicet.* Das Beyspiel, welches Ulpian hier von dem Räuchern der Käse giebt, erklärt BRISSONIUS Selectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. IV. cap. 15. Die Antinomie hingegen, welche einige in diesem Fragment gefunden haben wollen, conciliiren *Ios.* NERIUS Analector. Lib. II. cap. 34. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. II. pag. 372.) *Ulr.* HUBER Eunom. Rom. pag. 389. sq. und VOET Comm. ad Pandect. h. t. §. 14. Man vergleiche auch die *Basilica* Tom. VI. Lib. LVIII. Tit. 5. pag. 772.

das Wasser aus meinem Gebäude in sein Grundstück schütte. Ulpian gedenkt derselben *L.* 8. §. 5. *D. Si servit. vindic.* und

XIII. *Servitus cuniculi balnearii habendi*, das Recht die Dünste in seinem Badehause durch Röhren in des Nachbars Grundstück abzuleiten. Auch dieser geschieht *L.* 8. §. 7. *D. eod.* Erwähnung [90]).

Es hat keinen Zweifel, daß heut zu Tage noch manche andere Servituten bey Gebäuden vorkommen können, deren in den Röm. Gesetzen keine Erwähnung geschieht, je nachdem das mannichfaltige Bedürfniß oder auch die Bequemlichkeit dazu die Veranlassung geben kann.

90) Wenn es daselbst heißt: In balneis vaporibus, cum Quintilia cuniculum pergentem in Vrsi Iulii instruxisset, placuit, potuisse tales servitutes imponi; so ist nach *Vrsi Iulii* das Wort *fundum* zu suppliren. Die Vulgata lieset *in hortum*. Allein schon *Ant.* AUGUSTINUS Emendation. et Opinion. Lib. II. cap. 1. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. Iur. Rom.* Tom. IV. pag. 1464.) hat bemerkt, daß die Ellipsis der florentinischen Lesart eine Eleganz, und ex graeco dicendi genere zu erklären sey. Man sehe auch WESTPHAL §. 610. not. 534.

Lib. VIII. Tit. III.

De ſervitutibus praediorum ruſticorum.

§. 674.

Servitus itineris.

Von den Servitutibus praediorum ruſticorum bemerkt Paulus *L.* 3. *D. de Servitut.* als unterſcheidendes Merkmal, quod *in ſolo* conſiſtant. *Solum* iſt hier ſoviel, als *area* [91]). Sie erfordern alſo zu ihrer Exiſtenz und Ausübung gewöhnlich kein Gebäude, wie die Servitutes urbanae. Auch dieſe können ſehr mannichfaltig ſeyn. Als Beyſpiele werden in den Geſetzen folgende angeführt: *iter*, *actus*, *via*, *ſervitus paſcendi*, *aquae ductus*, *aquae hauſtus*, *pecoris ad aquam appulſus*, *calcis coquendae*, *arenae fodiendae* u. ſ. m. Wir wollen ſie jetzt einzeln erklären.

I. *Servitus itineris*, ſ. *iter*. Man verſteht darunter das Recht, ſich eines Fußſteigs über das Grundſtück eines Andern zum Gehen oder Reiten zu bedienen, oder auch ſich in einer Sänfte darüber tragen zu laſſen. Ulpian ſagt *L.* 1. *pr. D. h. t.* ITER eſt ius eundi ambulandi hominis, non etiam iumentum agendi, und Tribonian ſetzt *Pr. I. de Servitut.* noch die Worte hinzu: vel vehiculum. Das *ambulare* erklärt man gewöhn-

91) S. *Em.* MERILLIUS ad h. L. 3. bey OTTO Tom. III. pag. 636. Man vergleiche auch den 9. Th. dieſes Commentars §. 622. S. 26.

wöhnlich durch spatiari, wie auch Hellfeld; und Fabrotus macht deswegen dem Theophilus den Vorwurf, er habe den Begriff von *iter* nicht richtig gefaßt, wenn er in seiner griechischen Paraphrase *ad Princ. Instit. de Servitut. praedior.* ihn so erklärt: οἷον εἶχον ἀγρὸν ἐγὼ, εἶχες δὲ καὶ σὺ πλησίον ἀγρὸν. βουλόμενος ἐγὼ ἐπὶ τὸν ἐμὸν ἀγρὸν ἀπιέναι, ἐδεόμην πολλοῦ κύκλου; ἠτησάσε, ἵνα παραχωρήσης μοι iter, τουτέστιν ὥστε ἐξεῖναί μοι βαδίξειν διὰ τῦ σῦ ἀγροῦ. σύντομος γὰρ ἦν αὕτη ἐπὶ τὸν ἐμὸν ἀγρὸν φέρουσα. παρεχώρησάς μοι τὸ iter, ὥστε με παρειέναι, οὐ μετὰ ὑποξυγίε οὐδὲ μετὰ ὀχήματος. d. i. nach der Reitzischen Version: *Veluti ego agrum habebam, habebas et tu agrum in propinquo: ego volens in meum abire agrum, multo indigebam circuitu: rogavi te, ut* ITER *mihi concederes, id est, ut liceret mihi per tuum ire agrum; compendiaria enim erat haec, quae in agrum meum ducebat, via: concessisti mihi iter, ut transirem non cum iumento, neque cum vehiculo.* Allein wie ganz ungegründet diese Beschuldigung, und wie unrichtig dagegen die Erklärung von *ambulare* sey, hat schon Joh. Daniel Ritter[92]) gezeigt. Es hat zwar an sich keinen Zweifel, daß derjenige, dem das ius itineris zusteht, sich auch wohl des Fußweges zu einem Spaziergange bedienen könne. Allein das gehört doch offenbar nicht zum Begriff dieser Servitut, weil es gegen die Natur einer Realdienstbarkeit streitet, wenn man sich solche darum wollte constituiren lassen, *ut spatiari in alieno possimus*, wie uns Paulus[93]) ausdrücklich lehrt. *Ambu-*

92) Diss. de itineris, actus, et viae differentia: inserta Tom. II. *Paraphras. graecae Theophili a* REITZIO *editae.* Excurs. XIX. pag. 1227.

93) *L. 8. pr. D. de Servitut.*

Ambulare heißt vielmehr nach einer richtigeren Erklärung des Ulrich Hubers [94]) ſoviel, als *ultro citroque commeare ad uſus praedio neceſſarios*, hin und wieder gehen, ſo oft man will, um das Grundſtück, zu deſſen Nutzen iter conſtituirt iſt, mit Bequemlichkeit gebrauchen zu können; welches Theophilus durch das Wort παριέναι ganz richtig ausgedruckt hat. Daß ſich Theophilus hierbey auch keinen bloßen Spaziergang gedacht habe, beweißt der von ihm angegebene Grund zur Conſtitution dieſer Servitut: *Nam hoc iter compendio ducebat in fundum meum.* Durch die Worte βαδίξειν καὶ παρίεναι διὰ τῦ ἀγροῦ hat alſo der griechiſche Paraphraſt das *ire et ambulare per fundum* vollkommen ausgedruckt. Daß man ſich des Fußweges jedoch auch zum Reiten bedienen könne, ſagt Modeſtin *L.* 12 *D. h. t.* wo es heißt: ITER eſt enim, *qua quis pedes vel eques commeare poteſt*; ja daß das Recht des Fußſteigs ſogar die Befugniß mit einſchließe, ſich in einer Sänfte über des Andern Grundſtück tragen zu laſſen, bemerkt ausdrücklich Paulus *L.* 7. *pr. D. h. t.* wenn er ſagt: Qui *ſella* aut *lectica vehitur*, IRE, non agere dicitur. Sowohl *Sella* als *Lectica* wurden nämlich bey den Römern von Sklaven getragen [95]), und unterſchieden ſich hierin ſowohl von *Baſter-*

94) Praelect. ad Inſtitut. Iuſtinian. Lib. II. Tit. 3. §. 2. lit. d. pag. 156. Man vergleiche auch *Franc.* HOTOMANI Commentar. ad Princ. I. de ſervitutib. praed. pag. 135. und *Arn.* VINNII Commentar. ad idem Princ. I. nr. 2. de Servitut.

95) SENECA *Epiſt. 49. et Ep. 111.* Idem *Lib. III. de Beneficiis* cap. 4. IUVENAL. *Satyr.* 9. CLAUDIAN. *in 4to Conſ. Honorii.* Die Sklaven wurden davon *lecticarii* genennt. *L.* 8. §. *ult. D. de legat. I. L.* 65. *pr. D. de legat. II. L.* 49. *pr. D. de legat. III. L.* 99. §. 4. *eod. L.* 13. *in fin. D. de auro et arg. leg. L.* 29. *pr. D. de verb. oblig.*

ſternis, oder Sänften, die von Maulthieren (*Burdones*) getragen wurden, und beſonders für die römiſchen Damen beſtimmt waren [96]); als von *Carrucis*, welche mit Rädern verſehen waren, und von Maulthieren gezogen wurden [97]). Darin aber waren *Sella* und *Lectica* unterſchieden, daß man in jener ſitzend [98]), in dieſer hingegen auf einem Ruhebette liegend getragen wurde [99]), daher die *Lectica* auch *cubile* [100]), *torus* [1]), auch *grabatus* [2]) von den Alten genennt wird.

Die

96) ISIDORUS *Origin. Lib. 20. cap. 12.* ſagt *Baſterna* vehiculum itineris, quaſi viae ſterna mollibus ſtramentis eſt poſita, a duobus animalibus deportatur. Das alte Epigramm gehört beſonders hierher:

Aurea matronas claudit Baſterna pudicas,
Hanc geminus portat duplici ſub robore burdo.

Burdo iſt nach ISIDORUS *Lib. 12. cap. 2.* mulus ex equo et aſina. Man ſehe auch *L. 49. pr. D. de legat. 3.*

97) *L. 17. §. 4. D. Commodati. L. 13. pr. D. de auro et arg. legato.* PAULUS *Sentent. Recept. Lib. III. Tit. 6. § 91.* Daher *mulae carrucariae* bey ULPIAN. *L. 38. §. 8. D. de aedilit. Edicto.*

98) SENECA *de brevitate vitae* Cap. 12. nr. 6. et ad eund. loc. *Frid. Ern.* RUHKOPF. Vol. I. *Operum* SENECAE *ab Eo editor. Lipſiae 1797.* pag. 517.

99) CICERO in *Verrem. Lib. IV. cap. 23.* Eine Lectica wurde bald von 8 Sklaven getragen, und hieß *Octophorum: L. 8. §. ult. D. de legat. I.* SUETONIUS in *Callig.* bald von 6 Sklaven, *Hexaphorum:* gewöhnlich aber von 4 Sklaven. Eine *Sella* hingegen wurde immer nur von zwey Sklaven getragen. S. *Ioſ.* AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. I. cap. 30. nr. 8 — 11. und LIPSIUS Elector. Lib. I. c. 19.

100) SENECA *de Benefic.* Lib. III. c. 4.

1) OVIDIUS *Lib. I. de arte amandi.*

2) CATULLUS *Epigram. 10.*

Die Breite des Fußweges ist nicht gesetzlich bestimmt. Es kommt also zunächst darauf an, was deshalb bey der Bestellung dieser Servitut durch Testament oder Uebereinkunft der Partheyen ist festgesetzt worden. Außerdem muß der Streit nach der Lage des Orts und nach der richterlichen Billigkeit entschieden werden. Javolenus sagt *L.* 13. §. 2. *D. h. t.* Latitudo itineris ea est, *quae demonstrata est*: quod si nihil dictum est, hoc *ab arbitro* statuendum est. Zwar darf iter nie weniger als die Breite von zwey Fuß enthalten; und die Servitut ist gültig constituirt, wenn man nur auf dem Fußsteige gehen kann, gesetzt auch, daß man wegen des engen Raums weder daselbst reiten, noch sich mit einer Sänfte könnte tragen lassen. Denn hier entscheidet blos die Uebereinkunft der Partheyen. Allein wenn in Ermangelung einer solchen Bestimmung der Streit über die Breite des Weges vom Richter zu entscheiden ist, so muß der Billigkeit nach auch darauf Rücksicht genommen werden, daß man sich des Weges auch zum Reiten bedienen, nicht minder solchen mit einer Sänfte oder einem Tragsessel benutzen könne. Dazu würden vier bis fünf Fuß hinreichen, welche mit Recht gefordert werden können [3]). Es wird daher der Raum gegen die Natur dieser Dienstbarkeit offenbar zu sehr beschränkt, wenn man mit Alexander ab Alexandro [4]) zur Regel annimmt: *iter pedes duos tantum latitudinis habere.*

Zur *Servitus itineris* zählt man auch das Recht, über einen See auf des Nachbars Grundstück schiffen zu dür-

3) Man vergleiche *Ios.* AVERANII Interpretat. iuris Lib. I. cap. 30. nr. 14. und Münter von Servituten. 1. Th. §. 44.

4) *Genial. Dierum.* Lib. II. cap. 20.

dürfen, um zu einem gegenüber liegenden Grundstück zu kommen. Dieser *Servitus navigandi* gedenkt Paulus *L.* 23. §. 1. *D. h. t.* ausdrücklich. Cujaz [5]) meint daher, daß der Definition vom iter nach *ambulandi* noch das Wort *navigandi* hinzugefügt werden müsse. Marcilius [6]) hält jedoch dieses darum nicht für nöthig, weil das Schiff gleichsam die Stelle des Pferdes vertritt. Plautus [7]) nennt das Schiff sehr naiv einen *equus ligneus*.

§. 675.

Servitus actus.

II. *Servitus actus* oder *Actus* schlechtweg ist das Recht, vermöge dessen der Besitzer eines Grundstücks befugt ist, über das Grundstück des Andern sein Vieh zu treiben. Viehtrieb, Trifftgerechtigkeit. In dieser Servitut ist zwar auch der Regel nach sowohl das Recht begriffen, über das dienstbare Grundstück allein und ohne Vieh zu gehen, (*iter*) als auch das Recht, mit einem solchen Wagen zu fahren, als die Breite des zum Viehtrieb eingeräumten Weges gestattet. Doch kann sowohl das eine, als das andere, auch davon getrennt seyn, denn nur der Viehtrieb macht den wesentlichen und unterscheidenden Charakter dieser Servitut aus. Man theilt daher den *Actus* ein in *plenus* und *minus plenus*, je nachdem alle gesetzliche Bestimmungen dieser Servitut

5) Observation. Lib. XI. cap. 3.

6) Ad princ. l. de Servitut. in *Ian. a* COSTA *Commentar. ad Institut.* pag. 187.

7) In *Rudente*. Act. I. Sc. 5. v. 10.

vitut vorhanden sind, oder nicht [8]). Die Richtigkeit des angegebenen Begriffs beweißt nicht nur der Römische Sprachgebrauch, sondern sie wird auch durch die deutlichsten Stellen unserer Gesetze, so wie durch die Auctorität der Griechen außer Zweifel gesetzt.

1) Das Wort *agere*, wovon die Benennung ACTUS, wie schon Ovid [9]) bemerkt hat, herstammt, heißt in seiner ursprünglichen Bedeutung soviel als Etwas vor sich hertreiben, und wird eigentlich von Thieren gebraucht, die man zu treiben pflegt. Nicht nur Cajus bezeugt dieses, wenn er *L.* 235. *D. de V. Signif.* sagt: *Agi* proprie dicimus ea, *quae animalia sunt* [10]); sondern eben dies bestätigt auch Servius, wenn er über die Stelle Virgils [11]): *en ipse capellas protinus aeger ago*, die Bemerkung macht: *ago* autem dicitur proprie, *nam* AGI *dicuntur* PECORA.

2) Die Gesetzstellen in unserm corpus iuris civ., welche vom *actus* handeln, sind folgende.

Ulpian sagt *L.* 1. *D. h. t.* ACTUS *est ius agendi vel iumentum vel vehiculum.* Itaque qui *iter* habet, *actum* non habet; *qui actum habet, et iter habet etiam sine iumento.*

Justi-

8) S. *Car. Frid.* WALCHII Diss. de actu minus pleno. *Ienae 1762.* (in *Opuscul.* Vol. I. pag. 108. sqq.)

9) Lib. I. *Fastor.* v. 321.

10) Ganz ohne Grund ist daher Paulus von Laurentius Valla bey *Car. Andr.* DUCKER in *Opuscul. var. de Latinitate veter. ICtor.* pag. 178. sq. getadelt worden. Denn daß das Wort *agere* mehrere Bedeutungen hat, gehört gar nicht hieher.

11) *Eclog. I. v. 12.*

Justinian hat fast dieselben Worte §. 1. *I. de Servitutibus praed.* beybehalten. Es heißt nämlich daselbst: ACTUS *est ius agendi vel iumentum vel vehiculum.* Itaque qui habet *iter*, actum non habet: qui *actum* habet, et *iter* habet, *eoque uti potest etiam sine iumento.* Nur in verschiedenen glossirten Ausgaben der Institutionen, nämlich der des Baudoza, Lyon 1593. des Hugo a Porta, Lyon 1572 f. und einer andern, welche *Venetiis per Baptistam de Tortis MCCCCLXXXXV.* erschienen ist, und welche ich selbst besitze, findet sich hier eine, auch selbst in dem Gebauerschen Corpus iuris nicht bemerkte Variante. Es heißt nämlich daselbst: ACTUS *est ius eundi ambulandi hominis, agendi iumentum vel vehiculum. Itaque qui habet iter; actum non habet: sed qui habet actum, iter habet, eoque uti potest etiam sine iumento.* Anton Faber [12]) hält jedoch mit Recht jenen Zusatz für eine Glosse, weil diese Worte in den bessern Ausgaben und Handschriften fehlen. Justinian scheint also hier mehr den Ulpian, als den Cajus vor Augen gehabt zu haben. Unmöglich kann aber auch wohl Cajus geschrieben haben, was ihm jetzt in den auf uns gekommenen Fragmenten seiner Institutionen *Lib. II. Tit.* 1. §. 3. angedichtet wird, wo es heißt: Praediorum vero rusticorum iura sunt, VIA vel ITER, *per quod pecus, aut animalia debent ambulare*, und die Bemerkung, so derb sie auch ausgedrückt ist, ist doch übrigens so unrecht nicht, welche Jacob Giselius [13]) hierbey gemacht hat, wenn er sagt: Credo, Aniane, temetipsum inter pecora numerasse, cum haec scriberes. Quare non

12) Conjecturar. iuris civ. Lib. I. cap. 20. pag. 23.

13) In *Ant.* SCHULTINGII *Iurisprud. Antejustin.* pag. 78. not. 35.

non eodem iure vel *actum* addis? Ein neuer Beweis, wie wenig man auf diese Fragmente bauen kann. Ich will mich übrigens bey den unnützen Critiken eines **Franz Hotomanns** [14]), welcher statt *iumentum* vielmehr *armentum* gelesen wissen will, und eines **Anton Fabers** [15]), welcher die Worte *etiam sine iumento* für ein Glossem eines unwissenden Auslegers hält, nicht aufhalten. Die durchgehends übereinstimmende Leseart widerlegt beyde zur Gnüge [16]).

Merkwürdig ist ferner die Stelle aus *L.* 12. *D. h. t.* wo **Modestin** sagt: *Actus* est, ubi et *armenta* trajicere, et vehiculum ducere liceat. In diesem Begriff findet sich besonders das Unterscheidende, daß statt des Worts *iumentum*, das Wort *armenta* gebraucht wird. Zwar unterscheiden die Gesetze zwischen *iumenta* und *armenta*. **Pomponius** sagt *L.* 89. *pr. D. de Verb. signif.* ausdrücklich: Boves magis *armentorum*, quam *iumentorum* generis appellantur. Daß auch unter der Benennung *iumenta* nicht alle Vieharten begriffen sind, erhellet aus einer Stelle **Ulpians**, welcher L. 8. §. 4. *D. de aedilit. edicto* sagt: *Iumentorum* autem appellatione an *omne pecus* contineatur, videamus? et difficile est, ut contineatur: nam aliud significant *iumenta*, aliud significatur *pecoris* appellatione. *Iumenta* nannten die Römer solche Thiere, die sie zum Ziehen und Lasttragen gebrauchten; sie rechneten dahin

14) Commentar. ad Institut. Tit. de Servitut. pag. 136. et in Observation. Lib. II. cap. 7.

15) Conjectur. iur. civ. Lib. I. cap. ult.

16) S. VINNII Commentar. ad pr. I. de Servitut. nr. 3. 4. et 5.

Pferde und Maulthiere [17]). *Armenta* hingegen nannten sie Heerden der größern vierfüßigen Hausthiere, vorzüglich waren unter dieser Benennung die Ochsen begriffen, welche man besonders zum Pflügen gebrauchte. Hiervon unterschied man die Heerden der kleinern Hausthiere z. B. der Schaafe, Ziegen u. d. m. durch die Benennung *grex* [18]). *Pecora* wurden endlich alle Thiere genennt, welche man heerdenweise zu treiben pflegte, sie mögen zu den größern oder kleinern Thieren gehören [19]). Indessen läßt sich doch wenigstens aus den Ausdrücken *iumentum* und *armenta*, welche die Römischen Rechtsgelehrten in ihre Begriffe vom *actus* aufgenommen haben, soviel schließen, daß man vermöge dieser Servitut befugt sey, *animalia maiora* über das dienstbare Grundstück zu treiben. Es hat daher auch wohl keinen Zweifel, daß wer zu dem Größeren berechtiget ist, es der Regel nach auch zu dem Geringern in derselben Art sey [20]); und daß man folglich auch pecora minora und greges über das Grundstück treiben dürfe, worauf man einmal die *Servitus actus* erworben hat [21]).

Daß

17) GELLIUS *Noct. Attic.* Lib. XXI. c. 1. COLUMELLA Lib. VI. cap. ult. *Barn.* BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Iumentum.* und *Io.* GOEDDAEUS in Comm. repetitae praelect. in Tit. 16. Libri L. Pand. ad L. 89. pr. D. de Reg. iur. p. 725. sqq.

18) *L. 1. §. ult. D. de rei vindic. L. 12. §. 3. D. de usu et habitat. L. 81. §. ult. D. de legat. III.* BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Armentum.*

19) *L. 65. §. ult. D. de legat. III.* BRISSONIUS v. *Pecus.*

20) *L. 21. D. de Reg. iur.* S. I. L. E. PÜTTMANNI Adversarior. iuris univ. Lib. I. cap. 5.

21) WALCH cit. Diss. §. 7.

Daß das Recht des Viehtreibes den wesentlichen Character des *actus* ausmacht, beweißt ferner noch vorzüglich eine Stelle des **Pomponius**, welcher *L.* 13. *D. de servit.* sagt: Si, tam angusti loci demonstratione facta, *via* concessa fuerit, ut neque vehiculum, neque iumentum ea inire possit; *iter* magis, quam *via*, aut *actus* adquisitus videbitur. *Sed si iumentum ea deduci poterit, non etiam vehiculum*, ACTUS *videtur adquisitus.* Wir haben hier zugleich ein Beyspiel von einem *actus minus plenus*, welcher mit dem Recht zu fahren nicht verbunden ist. Ein offenbarer Irrthum ist es hingegen, wenn **Franz Horoman** [22]) vermöge dieser Stelle in jedem Falle die *Servitus actus* bloß auf das Recht des Viehtriebs einschränken, und das Fahrrecht gänzlich davon ausschließen will. Denn da nicht nur **Ulpian**, und nach ihm **Justinian** in den oben angeführten Stellen den *actus* ausdrücklich definiren, *eum esse ius agendi vel iumentum vel vehiculum*; sondern auch **Paulus** *L.* 7. *D. h. t.* ausdrücklich sagt: Qui *actum* habet, *et plaustrum ducere*, et *iumenta agere* potest; so ist es in der That ein unerhörtes Beyspiel einer gewagten Critic, wenn **Horoman** dennoch statt der Worte *vel vehiculum*, gegen alle fides Codicum, *non etiam vehiculum* lesen will. Eine solche Verwegenheit war würdig der Castigation, mit welcher sie von **Bachov** [23]), **Vinnius** [24]), **Huber** [25]),

22) Observation. Lib. II. cap. 21.

23) Ad *Treutlerum* Vol. I. Disput. XVII. Th. IV. Lit. C.

24) Commentar. ad princ. I. de Servitut. nr. 4.

25) Eunom. Rom. pag. 377. et in Digression. Iustinian. Lib. II. cap. 13. §. 2.

Menagius[26]), Noodt[27]), Wolbers[28]) und Jauch[29]) verworfen worden ist. Nicht minder bestätigend sind

3) auch die Zeugnisse der griechischen Ausleger.

Theophilus in seiner griechischen Paraphrase der Institutionen *Lib. II. Tit.* 3. *pr.* sagt:

Actus δέ ἐστιν ἐλασία, ὅτε αἰτήσω σε, ὥστε ἐξεῖναί μοι διὰ τᾶ σᾶ βαδίξειν ἀγρᾶ μετὰ ὑποζυγίᾳ ἢ ὀχήματος. ὥστε οὖν ὁ ἔχων το iter, καὶ ἔχει το actus. μετὰ γὰρ ὑποζυγίᾳ ἢ ὀχήματος παρεῖναι δὲ δύναται. ὁ δὲ ἔχων τό actus, ἔχει καὶ το iter: δύναται γὰρ καὶ μόνος, καὶ μετὰ ὑποζυγίου παρεῖναι. i. e. *Actus autem est Graecis* ελασια, *cum rogavero te, ut mihi liceat per agrum tuum ire cum iumento aut vehiculo. Itaque, qui habet iter, actum non habet: nam cum iumento aut vehiculo transire non potest: qui vero actum habet, habet etiam iter; potest enim et solus et cum iumento transire.*

Ferner in den Basiliken[30]) *Lib. LVIII. Tit.* 3. *L.* 1. heißt es:

Πάροδος ἐστὶ, τὸ ἐλάυνειν θρέμμα[31]) ἢ ὑποζύγιον. ὁ ἔχων οὖν τὴν πάροδον, ἔχει καὶ τὸ μονοπάτιον. i. e. *Actus*

26) Amoenitat. iuris civ. Cap. 36.

27) Comment. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 216.

28) Observation. Decad. Cap. 1. pag. 6.

29) Meditat critic. de Negationib. Pandect. Florentin. Cap. XIV. pag. 204.

30) Tom. VI. pag. 769. der Fabrotischen Ausgabe.

31) Einige wollen für θρεμμα lieber ὄχημα, vehiculum, lesen, als MENAGIUS in Amoenitat. iuris cap. 36. und HUBER in Eunom. Rom. pag. 377. Allein daß zu dieser Emendation kein hinreichender Grund vorhanden sey, zeigt WALCH cit. Diss. §. 3. in fin. et §. 7. not. o.

Actus eſt, agere pecus aut iumentum. Itaque qui actum habet, et iter habet.

Dieſe Stelle beſtärkt zugleich die vorhin gemachte Bemerkung, daß die Servitus actus mit allen Arten und Heerden Vieh ausgeübt werden könne. Denn unter θρέμματα verſtehen die Griechen vorzüglich Schaafe [32]).

Endlich kommt noch in dem griechiſchen Gloſſarium über die Baſiliken [33]) unter dem Wort Ἄκτους folgende Erklärung vor: δίκαιον τοῦ βαδίξειν με διὰ σὲ μετ' ὑποξυγίου. i. e. *Actus* eſt *ius eundi per tuum cum iumento.*

In den beyden letztern Stellen ſcheint zwar das Recht zu fahren, ausgeſchloſſen zu ſeyn. Allein es kann füglich unter dem Worte ὑποξὺγιον begriffen werden. Denn dieſes griechiſche Wort bedeutet eigentlich ſoviel als *animal iugo ſubditum, ut trahat vehiculum*, von ὑπὸ und ξεύγνυμι, *ſub*, vel *adjungo*. So wie nun das lateiniſche Wort *iumentum*; welches die Alten ebenfalls *a iungendo* ableiten, auch für *vectabulum*, *quod adjunctis pecoribus trahitur*, genommen wird, wie Sextus Cäcilius beym Aulus Gellius [34]) bezeugt; ſo ſteht nichts im Wege, warum nicht bey ὑποξύγιον die nämliche Erklärung Statt finden ſollte [35]).

32) S. HESYCHIUS in Lexico v. θρέμμα pag. 1729. edit. *Io.* ALBERTI, und SUIDAS in Lexico T. II. pag. 204. edit. KUSTERI.

33) S. Veteres Gloſſae verbor. iuris in Baſilicis a *Car.* LABBAEO digeſtae, *Ioſ.* SCALIGERO emendat. et notis *Ant.* SCHULTINGII illuſtratae: (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iuris Rom.* Tom. III. pag. 1711.)

34) *Noct. Atticar.* Lib. XX. c. 1.

35) S. *Ulr.* HUBERI Digreſſion. Iuſtinian. Lib. II. cap. 13. §. 3. pag. 613. ſeq.

Die Breite des Weges ist übrigens bey dieser Servitut, so wenig, wie beym iter, im Römischen Recht bestimmt. Man behauptet zwar gewöhnlich, mit Beziehung auf Varro [36]) und Isidorus [37]), sie habe vier Fuß betragen, den Fuß zu vier palmi oder sechzehen digiti gerechnet [38]). Allein entweder reden beyde nur vom actus minus plenus, wie Aug. Fried. Schott [39]) behauptet, oder es ist daselbst gar nicht einmal die Rede von der Servitus actus, sondern von einem modus seu mensura agri, ut iugerum et arpennis, wie Joh. D'Avezan [40]) dafür hält. Dem sey indessen, wie ihm wolle, so widerstreitet jener Behauptung offenbar Javolenus, welcher in der oben angeführten *L.* 13. §. 2. *D. h. t.* ausdrücklich sagt: *Latitudo actus* ea est, *quae demonstrata est.* Quodsi nihil dictum est, hoc *ab arbitro* statuendum est. Nach dieser deutlichen Vorschrift muß also in Ermangelung einer besondern Uebereinkunft, die Breite des Weges theils nach der Lage des Orts, theils nach der Anzahl und Beschaffenheit des Viehes, das durchgetrieben werden soll, bestimmt werden. Besonders ist auch darauf Rücksicht zu nehmen, ob der *actus* mit allen, nach rechtli-

cher

36) *De lingua latina* Lib. IV. cap. 4. *Actus finis minimus constitutus in latitudinem pedes quatuor.*

37) *Origin.* Lib. XV. cap. 15. *Actus est minimus latitudine pedum quatuor; longitudine centum sexaginta.*

38) S. ALEX *ab* ALEXANDRO *Genial. Dier.* L. II. cap. 20.

39) Observat. de vero actus et viae discrimine. §. 5. (in *Opuscul. iuridic. Lipsiae. 1770. edit.* pag. 246. sqq.)

40) Servitutum libr. P. III. Cap. 18. bey MEERMAN Tom. IV. pag. 166. wo er sagt: *Duo actus quadrati iugerum conficiunt, cuius figuram descripserunt varii auctores.*

cher Bestimmung, darin begriffenen Rechten, oder nur auf eine eingeschränkte Art ist eingeräumt worden. Ein *actus minus plenus* läßt sich nämlich auf verschiedene Art gedenken.

1) Wenn das Recht zu fahren ausdrücklich ausgeschlossen worden ist, oder wegen des zum Viehtrieb angewiesenen engen Weges für stillschweigend ausgeschlossen angenommen werden muß. Von dieser Art des actus minus pleni handelt **Pomponius** *L.* 13. *D. de Servitut.*, welche Stelle schon oben unter den Beweisstellen wörtlich angeführt worden ist.

2) Wenn das ius itineris fehlt. Zwar läßt sich das Recht, Vieh zu treiben, nicht gedenken, ohne auch zugleich berechtiget zu seyn, über den Weg gehen zu dürfen. Allein insofern der Fußweg nicht gerade zur Ausübung der Viehtrifft nothwendig ist, sondern man sich des Weges bedienen kann, auch wenn man ohne Vieh gehen will; kann das ius itineris allerdings von dem eingeräumten actus ausgenommen werden. Auf solche Art sind Paulus und Ulpian mit einander zu vereinigen, wenn jener *L.* 1. *D. de adim. legat.* sagt: Qui, actu legato, iter adimat, nihil adimit, *quia nunquam actus sine itinere esse potest*; dieser hingegen *L.* 4. §. 1. *D. Quem. servitut. amitt.* lehrt: Qui iter sine actu; vel *actum sine itinere habet*, actione de servitute utetur; wie Gerh. Noodt [41]), Joh. D'Avezan [42]), Joh. Jac. Wissenbach [43]), Everh.

41) Comm. ad Pand. h. t. (*Operum* T. II. p. 216.)

42) Servitut. libr. P. III. cap. 18. (*Thesauri Meermann.* Tom. IV. pag. 165.)

43) Exercitat. ad L. Pand. Libros. Disput. XX. §. 15. pag. 203.

Everh. Bronchorst [44]), Zacharias Huber [45]), Anr. Schulting [46]), Arnold Vinnius [47]), Car. Fried. Walch [48]), und Aug. Fried. Schott [49]) mit mehreren gezeigt haben.

3) Wenn der Viehtrieb blos auf eine gewisse Art des Viehes eingeschränkt ist. In der Regel können zwar alle Arten vom Vieh über den Weg, der zum actus angewiesen worden, getrieben werden, wenn gleich die Römischen Rechtsgelehrten nur namentlich der *iumentorum* und *armentorum* in ihren Begriffen vom actus Erwähnung thun, wie oben schon mit mehrerem gezeigt worden ist. Es hat auch dieses heut zu Tage, nach der Meinung der angesehensten Practiker [50]), nicht den mindesten Zweifel. Eben so wenig ist auch der actus auf eine gewisse Zahl des Viehes in der Regel eingeschränkt. Allein beydes kann durch besondere Verträge ebenfalls modificirt werden. Marcellus gedenkt z. B. einer solchen Einschränkung *L.* 11. *pr. D.*

44) Εναντιοφαν. Lib. I. cap. 8.

45) Dissertation. iuridic. et philologic. Part. II. Diss. VIII. Cap. 3. pag. 324. sqq.

46) Iurisprud. Antejustin. pag. 78. not. 35.

47) Commentar. ad Institut. Princip. Tit. de Servitutib. praedior. nr. 5.

48) Cit. Diss. §. 6.

49) Observat. cit. §. 6. (*Opuscul.* pag. 250. sq.)

50) *Bened.* CARPZOV Part. II. Decis. 107. *de* BERGER Oeconom. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 6. *Sam.* STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 4. Ohne Grund dissentirt PUFENDORF Animadvers. iuris. animadv. XXX. dessen Meinung HAUBOLD ad *Bergerum* c. l. not. o. Tom. I. pag. 326. mit Recht verwirft.

D. Quemadm. ſervitut. amitt. in den Worten: *aut ſi plura iumenta egerit, quam licuit;* — ſervitus quidem non amittitur; non autem conceditur plus, *quam pactum eſt, in ſervitute habere.* Endlich

4) kann der actus auch in Abſicht auf die Art des Fuhrwerks eingeſchränkt ſeyn. Es kann durch Uebereinkunft beſtimmt werden, *quo genere vehiculi agatur, vel non agatur*, wie **Papinian** ſagt *L.* 4. §. 1. *D. de Servitutib.* Beſonders merkwürdig iſt eine Stelle des **Ulpius Marcellus**, welcher *L.* 11. *pr. D. Quemadmod. ſervitut. amittant.* ſagt: Is, cui *via* vel *actus* debeatur, *ut vehiculi certo genere uteretur*, alio genere fuerat uſus: videamus, ne amiſerit ſervitutem; et alia ſit eius conditio, qui amplius oneris, quam licuit, vexerit; magisque hic plus, quam aliud, egiſſe videatur etc. Viele wollen zwar behaupten, es ſey überhaupt dem *actus* eigen, daß man nicht mit jeder Art vom Fuhrwerk dieſe Servitut auszuüben befugt ſey, wenn auch gleich durch Uebereinkunft keine Einſchränkung wäre gemacht worden. Bekannt iſt die Meinung eines **Cornelius van Bynkershök**[51]), welcher auch **Joh. Gottl. Heineccius**[52]) und **Joh. Gottfr. Schaumburg**[53]) ihren Beyfall gegeben haben, nach welcher der actus nur das Recht enthalten haben ſoll, ſich eines currus truſatilis zu bedienen, das iſt, mit einem Schubkarren zu fahren. Nicht minder bekannt

51) Obſervation. iuris Rom. Lib. IV. cap. 7.

52) Antiquitat. Rom. Syntagm. Lib. II. Tit. 3. §. 10. not. b.

53) Compend. iuris Dig. h. t. §. 1.

bekannt ist die Hypothese eines Joh. Daniel Ritters[54], welcher mit einem großen Aufwand von Gelehrsamkeit zu beweisen sucht, daß der actus nur das Recht gegeben habe, mit einem kleinen Wagen, der nur aus zwey Rädern bestand, zu fahren. Allein schon Aug. Fried. Schott[55] hat beyde Meinungen gründlich widerlegt, und dagegen sehr richtig erinnert, daß die Römischen Rechtsgelehrten, besonders Pomponius, Paulus und Modestinus, *L.* 13. *D. de servitutib. L.* 7. *et* 12. *D. de servitut. praed. rusticor.* die Ausdrücke *plaustrum ducere* und *vehiculum ducere* sowohl bey der Servitus *actus* als *viae* ohne Unterschied gebrauchen. Mögen Caro, Isidorus und Probus immerhin zwischen *plaustra minora*, die nur zwey Räder hatten, und *plaustra maiora*, die mit vier Rädern versehen waren, unterschieden haben. Die Röm. Rechtsgelehrten gedenken wenigstens bey der Erklärung des *actus* und der *via* dieses Unterschiedes nicht. Soviel ist jedoch gewiß, daß derjenige, welcher die *Servitus actus* hat, auf keine Weise befugt sey, Steine und Balken über den Weg zu schleifen, wie auch Paulus ausdrücklich bemerkt hat *L.* 7. *pr. D. h. t.*

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß diese Servitut jederzeit so ausgeübt werden muß, daß das Vieh durch Uebertreten oder Abweichen vom Wege keinen Schaden thut.

§. 676.

54) Diss. de itineris, actus, et viae differentia. adj. Tomo II. *Paraphr. gr.* THEOPHILI a REITZIO editae Excursu XIX. pag. 1228. sq.

55) Observat. de vero actus et viae discrimine. §. 5. (*Opuscul.* pag. 247. sq.)

§. 676.

Servitus viae.

Ausgedehnter als beyde vorhergehende Servituten iſt III. *Via* oder *Servitus viae*. Sie iſt das Recht, nicht nur mit allen Arten von Wagen über das Grundſtück des Andern zu fahren, ſondern auch Steine und Balken zu ſchleifen, und begreift das, was bey der Servitus actus blos ad naturalia gehört, nämlich das *ius eundi* und *vehendi* weſentlich und dergeſtalt in ſich, daß keins von beyden davon getrennt werden kann, wenn wirklich die *Servitus viae* und kein bloßer *actus* vorhanden ſeyn ſoll. Folgende Stellen werden dies außer allem Zweifel ſetzen.

Juſtinian ſagt *Princ. I. de Servitut. praed.* VIA *eſt ius eundi et agendi et ambulandi: nam et iter et actum via in ſe continet.*

Viele Rechtsgelehrten [56]) wollen hier zwar ſtatt *eundi* lieber *vehundi* leſen, weil hier das Recht zu fahren den unterſcheidenden Character der *Via* ausmache, und folglich auch in der Definition ausdrücklich bezeichnet werden müſſe. Allein, abgeſehen davon, daß dieſe Emendation von aller Auctorität entblößt iſt, ſo widerſtreiten ihr ſo viele andere Stellen in den Pandecten, daß ſie nicht den mindeſten Beyfall verdient. Celſus ſagt *L. 9. D. de ſervitut.*

Si

56) *Franc.* CONNANUS Commentar. iur. civ. Lib. IV. cap. II. *Hug.* DONELLUS Comm. iur. civ. Lib. XI. cap. 6. *Hug.* GROTIUS Flor. Sparſ. ad pr. I. tit. de Servit. praedior. pag. 47. (edit. *Gebaueri Halae 1729.* 8.) *Ulr.* HUBERUS Praelect. ad Inſtitut. Lib. II. Tit. 3. §. 4. *Corn. van* BYNKERSHOEK Obſervat. iuris Rom. Lib. IV. cap. 7. *Ev.* OTTO Commentar. ad pr. I. de Servitut. nr. 2. et *Io. Gottl.* HEINECCIUS Not. ad VINNII Commentar. in Inſtitut. Tit. de Servitut. nr. 6.

Si cui ſimpliciter[57]) *via* per fundum cuiuspiam cedatur, vel relinquatur, in infinitum (videlicet per quamlibet eius partem) *ire agere* licebit: civili tamen modo[58]). Nam quaedam in ſermone tacite excipiuntur: non enim per villam ipſam, nec per medias vineas *ire agere* ſinendus eſt, cum id aeque commode per alteram partem facere poſſit, minore ſervientis fundi detrimento. Verum conſtitit, ut, qua primum *viam* direxiſſet, ea demum *ire agere* deberet, nec amplius mutandae eius poteſtatem haberet.

Ja Ulpian definirt gerade ſo, wie Juſtinian, wenn er *L.* 1. *pr. D. h. t.* ſagt:

VIA *eſt ius eundi, et agendi, et ambulandi: nam et iter et actum in ſe* VIA *continet.*

Beſonders merkwürdig iſt die Stelle des Paulus in der *L.* 7. *D. h. t.* wenn er ſagt:

Qui *actum* habet; et plauſtrum ducere et iumenta agere poteſt. Sed trahendi lapidem, aut tignum

57) Die Florentina lieſet hier *ſimplicius.* Baudoza, *ſimplici uſu*, mit welcher Leſeart auch unſer Codex Pand. membran. übereinſtimmt. Hugo a Porta, *ſimplicius uſu.* Haloander und Lud. Charondas Πειδαν. ſ. Veriſimil. Lib. I. cap. 5. leſen hingegen *ſimpliciter.* Die Florentiniſche Leſeart vertheidiget AUTOR ANONYM. Obſervation. iuris civ. Rom. cap. 22. pag. 136. (*Hagae Comit.* 1743.) Beydes *ſimplicius* und *ſimpliciter* bedeutet indeſſen das nämliche *L.* 26. *D. h. t.* S. *Ian. a* COSTA Praelect. ad illuſtr. quosd. titt. iur. civ. p. 41.

58) So lieſet unſer Cod. Erlang. membran. Eben ſo Baudoza. Die Florentina hingegen hat *civiliter modo.*

tignum, neutri eorum ius eſt. — Qui *viam* habent, *eundi agendique ius habent*: plerique, et *trahendi* quoque, et *rectam haſtam referendi*, ſi modo fructus non laedat.

Dieſen Zeugniſſen tritt nun auch noch inſonderheit die Auctorität der griechiſchen Ausleger bey. Unter dieſen verdient **Theophilus** zuerſt genennt zu werden, welcher in ſeiner griechiſchen Paraphraſe *ad pr. I. de Servitutib.* von der *Via* folgende Erklärung giebt:

Via ἐϛὶ δικαῖον τοῦ ἐμὲ πορεύεϲθαι καί ἔχειν ὑποξύγια. ὥϛε οὖν τὸ via ταῦτα ἔχει, ἃ καὶ τὸ actus.

Verſchiedene Rechtsgelehrten wollen zwar die Leſeart für unrichtig halten. So will **Cornelius van Bynkershök** [59]) ſtatt καὶ ἔχειν ὑποξύγια vielmehr και αγειν, και ὑποξυγειν leſen. **Johann Alberti** [60]) hingegen ſubſtituirt für εχειν, οχειον. Allein daß die gemeine Leſeart nicht unrichtig ſey, ſondern **Theophilus** das Weſentliche der *Via*, nämlich das *ire* und *agere licere* ſehr richtig ausgedruckt habe, hat **Johann Daniel Ritter** [61]) ausführlich gezeigt.

Ganz mit den angegebenen Begriffen der römiſchen Rechtsgelehrten übereinſtimmend, ſagen ferner die Verfaſſer der **Baſiliken** [62]):

Πλατεῖα ὁδός ἐϛι τὸ παριέναι, καὶ διακινεῖν, καὶ ἐλαύνειν. Περιέχει γὰρ πλατεῖα ὁδὸς τὸ μονοπάτιον καὶ τὴν

59) Obſervat. iuris Rom. Lib. IV. cap. 7.

60) Miscellan. Critic. pag. 233.

61) Diſſ. cit. bey THEOPHILUS Tom. II. Excurſ. XIX. pag. 1230. ſq.

62) Tom. VI. Lib. LVIII. Tit. 3. L. 1. pag. 796.

τὴν παρόδον. i. e. *Via lata est, ire, et ambulare, et agere. Nam via lata et iter et actum continet.*

Die Eigenheiten dieser Servitut, wodurch sich die *Via* vom *actus* wesentlich unterscheidet, bestehen also darin:

1) sie hat drey wesentliche Bestandtheile, die ihren Begriff ausmachen, und daher unzertrennlich sind, nämlich das ius eundi, agendi iumenta, et vehendi. Nicht nur die bereits angeführten Stellen der Römischen und Griechischen Rechtsgelehrten beweisen dieses klar, sondern es bestärkt uns auch hierin noch vorzüglich **Ulpian**, wenn er *L.* 13. §. 1. *D. de acceptilat.* sagt:

> Si *viam* quis stipulatus, accepto *iter* vel *actum* fecerit, *acceptilatio nullius erit momenti:* hoc idem est probandum, si *actus* accepto fuerit latus: si autem *iter et actus* accepto fuerit latus, consequens erit dicere, liberatum eum, qui *viam* promisit.

Eine Folge hiervon war

2) der Unterschied, welcher sich besonders in Ansehung der Vindications-Formel bey dieser Servitut äußerte. Die Klageformel war nämlich bey der *Via* die: *ius mihi esse ire agere per fundum tuum*; wie **Paulus** lehrt [63]), oder man konnte auch *iter* oder *actum* besonders vindiciren, wenn man etwa nur in der Ausübung des einen oder des andern Rechts besonders beeinträchtiget wurde. Wer hingegen *actum* vindicirte, konnte sich jener Formel nicht bedienen, noch das *ius itineris* besonders vor Gericht verfolgen; sondern mußte so klagen: *sibi agere licere*, weil hier das *ius eundi* kein wesentlicher

63) *L. 9. pr. D. Si servit. vindic.*

licher Bestandtheil ist. Cujaz [64]) Vinnius [65]) und Voet [66]) haben diesen Unterschied ebenfalls bemerkt. Hieraus erklärt sich nun auch, wenn Ulpian *L.* 11. §. 6. *D. de except. rei iudic.* sagt: Si quis *iter* petierit, deinde *actum* petat: puto fortius defendendum, aliud videri tunc petitum, aliud nunc: atque ideo exceptionem rei iudicatae cessare. Eben deswegen weil *iter* bey der *via* wesentlich war, bey dem *actu* nicht, folgerte man

3) daß wer sich der *via* auch nur als *iter* bedient, doch die ganze Servitut conservire; dahingegen geht der *actus* verlohren, wenn der Berechtigte ihn zehen Jahre lang nicht ausgeübt hat, gesetzt auch, daß er während der Zeit öfters über das dienstbare Grundstück gegangen wäre [67]).

4) Wer

64) Observation. Lib. XXII. cap. 35.

65) Commentar. ad pr. I. de Servitut. nr. 6.

66) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 3.

67) *L.* 2. *D. Quemadm. servitut. amitt.* Wenn es in dieser Stelle heißt: *Qui iter et actum* habet, si statuto tempore *tantum ierit*, non periisse actum, sed manere, so ist dies nicht, wie DUARENUS in Comm. ad h. L. (*Operum* pag. 204.) diese Stelle erklärt, vom actu zu verstehen, sondern *iter et actus* heißt in der Sprache unserer Gesetze immer soviel als *Via*, wie auch WESTPHAL de lib. et servit. praed. §. 888. not. a. pag. 617. bey dieser Stelle ganz richtig bemerkt hat. Man vergleiche auch *Hub.* GIPHANII Commentar. ad Institut. Tit. de servitut. praedior. und *Io.* WOLBERS Observation. Decas (*Groeningae 1736.* 4.) Cap. 1. in fin. pag. 9.

4) Wer *viam* hat, kann nicht nur über das dienstbare Grundstück mit allen Arten von Wagen fahren, beladen oder unbeladen, sondern er hat auch das Recht, Steine und Balken darüber zu schleifen. Dieses Recht aber wird demjenigen ausdrücklich abgesprochen, welcher blos den *actus* hat [68]). Wenn Paulus bey der *via* noch, als etwas Unterscheidendes, das *ius haſtam rectam ferendi* erwähnt, so hat dieses nicht sowohl auf den Gebrauch der Waffen, als welcher den Privatpersonen untersagt war [69]), sondern vielmehr, wie Joh. D'Avezan [70]) ganz richtig erklärt hat, seine Beziehung darauf, daß bey dieser Servitut dem Berechtigten eine solche Höhe über dem Wege frey gelassen werden müsse, als das Tragen einer haſta recta erfordert, und dieser also mit Recht verlangen könne, daß der Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks den Weg bis auf eine solche Höhe nicht überbaue, damit auch der höchstmöglichst beladene Wagen ungehindert durchkommen kann. Endlich

5) bey der *Servitus viae* ist die Breite des Weges gesetzlich bestimmt. Sie beträgt nämlich acht Fuß in porrectum, das heißt in gerader Linie, und sechzehen in der Biegung, in anfractum, wie Cajus *L.* 8. *D. h. t.* bemerkt hat, wenn er sagt: *Viae* latitudo *ex Lege* duodecim *Tabularum* in porrectum *octo pedes* habet: in anfractum, id est, ubi flexum est, *sedecim.* Merkwürdig ist

68) *L. 7. D. h. t.*

69) Vid. Tit. Cod. *Ut armorum usus inscio Principe interdictus sit.* Lib. XI. Tit. 46. et *Nov. 85.*

70) Servitut. lib. Part. III. cap. 18. (bey MEERMAN Tom. IV. pag. 167.)

iſt jedoch, was Paulus hierbey noch bemerkt, wenn er *L.* 23 *pr. D. h. t.* ſagt: *Via* conſtitui vel latior octo pedibus, vel anguſtior poteſt, ut tamen *eam latitudinem* habeat, *qua vehiculum ire poteſt*: alioquin iter erit, non via. Nach dieſer Darſtellung iſt nun der Unterſchied zwiſchen *via* und *actus* einleuchtend genug, wobey die Rechtsgelehrten ſoviel Schwierigkeiten gefunden haben[71]).

§. 677.

Wem kommt die Beſtimmung des Orts bey dem iter, actus und der via zu?

Wenn bey Beſtellung der bisher erklärten Servituten, des iter, actus und der via, kein Ort beſtimmt iſt, über welchen der Weg zum Gehen, zum Viehtriebe, oder zum Fahren laufen ſoll, ſo hat in der Regel der Berechtigte die Wahl. Totus enim fundus ſervit. Nur darf er bey der Wahl ſolche Stellen nicht berühren, welche bebauet ſind, z. B. Weinberge, Saatfelder u. dgl. Dies iſt dem Grundſatz gemäß, daß man ſich der Servitut civiliter, das iſt, mit möglichſter Schonung des Eigenthums bedienen müſſe. Hierin ſtimmen Celſus und Javolenus mit einander überein. Erſter ſagt *L.* 9. *D. de Servitut.*

> Si cui *ſimpliciter* via per fundum cuiuspiam cedatur, (ſc. inter vivos) vel relinquatur (nimirum per ultimam

71) Außer den gelegentlich ſchon angeführten Schriften, verglei-che man noch *Franc.* DUARENI Diſputat. anniverſar. Lib. I. cap. 31. *Lud.* CHARONDAE Πειδαν. S. Veriſimil. Lib. V. cap. 5. nr. 2. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iuris Rom.* Tom. I. pag. 693.) *Barn.* BRISSONIUS de formul. et ſolemn. P. R. verbis Lib. VI. c. 138. und LYKLAMA Membranar. Lib. III. Eccl. 12.

timam voluntatem): *in infinitum* (videlicet per quamlibet eius partem) ire agere licebit. Civili tamen modo. Non enim — per medias vineas ire agere ſinendus eſt.

Letzterer hingegen lehrt *L.* 13. §. 3. *D. h. t.*

Si locus [72]), non adiecta latitudine, nominatus eſt: per eum qualibet iri poterit: ſin autem praetermiſſus eſt: aeque latitudine non adiecta, *per totum fundum una poterit eligi via*, duntaxat eius latitudinis, quae lege comprehenſa eſt. Pro quo ipſo [73]), ſi dubitabitur, arbitri officium invocandum eſt.

Nur Paulus ſcheint anderer Meinung zu ſeyn, wenn er *L.* 26. *D. h. t.* ſagt:

Si via, iter, actus legetur *ſimpliciter* per fundum: *facultas eſt heredi, per quam partem fundi velit conſtituere ſervitutem:* ſi modo nulla captio legatario in ſervitute ſit.

Nach dieſem Fragment ſoll alſo in dem Falle, da die Servitus viae, itineris, oder actus ſchlechthin, und ohne Beſtimmung des Orts vermacht worden iſt, dem Erben die Wahl des Weges zukommen, die doch Celſus in dem vorhergehenden Fragment ausdrücklich dem Legatar einräumt.

72) *Locus* iſt, wie Ulpian ſagt *L. 60. pr. D. de Verb. ſignif.* non fundus, ſed portio aliqua fundi.

73) Id eſt, pro electione loci, non vero latitudinis, quae lege definita eſt. S. POTHIER Pandect. Iuſtin. h. t. Nr. VIII. not. c. Tom. I. pag. 267.

räumt. Man hat beyde Stellen auf verschiedene Art[74]) mit einander zu vereinigen gesucht, unter welchen jedoch diejenige unstreitig den Vorzug behält, nach welcher die *L.* 26. von einem legato *per damnationem*, die *L.* 9. hingegen von einem legato *per vindicationem* relicto verstanden werden muß[75]). Denn daß bey einem legato damnationis, das ist, welches mit der Formel: *heres meus damnas esto dare, dato, facito, heredem meum dare iubeo*, hinterlassen wurde, der Erbe die Wahl hatte, ist bekannt. Nun behauptet zwar Janus a Costa[76]), dem auch

74) *Lyd.* CHARONDAS Πειδαν. S. Verisimil. Lib. I. cap. 5. (bey OTTO in Thes. iur. Rom. T. I. pag 693.) glaubt, daß nach den angeführten Fragmenten der Erbe so gut, wie der Legatar die Wahl habe. Es dürfe nur keiner zum Nachtheil des Andern handeln. *Lud.* VITALIS Lection. variar. Lib. II. cap. 10. (bey OTTO Tom. II. pag. 671.) räumt der Regel nach dem Erben die Wahl ein, und meint, sie komme nur dann an den Legatar, wenn jener bey Bestimmung des Weges nicht bona fide zu Werke gegangen sey. *Ulr.* HUBER in Eunomia Rom. Lib. VIII. ad L. 26. D. de servitut. praed. rustic. pag. 386. meint hingegen, daß in der Regel zwar dem zur Servitut Berechtigten die Wahl zustehe, weil aber doch derselbe mehr nicht, als einen zur Ausübung der Dienstbarkeit bequemen Weg, verlangen könne, so sey es nicht unbillig, eine Prävention Statt finden zu lassen, und dominans müsse zufrieden seyn, wenn ihm der Serviens einen solchen Weg angewiesen habe.

75) S. *Em.* MERILLIUS in Commentar. ad Tit. Dig. de Servitut. ad L. 9. cit. bey OTTO Tom. III. pag. 641. *Franc.* BROEUS in Expositionib. in Iustin. Institut. ad §. 22. I. de legatis nr. 4. pag. 460. *Ian. a* COSTA Praelection. ad illustrior. quosd. Titulos, locaq. selecta iuris civ. pag. 42. und WESTPHAL de servitut. praed. §. 548. not. d. pag. 349.

76) Praelect. cit. pag. 43.

Westphal [77]) beystimmt, es komme jetzt darauf an, an wen die Worte gerichtet sind, und daß wenigstens alsdenn die Wahl dem Erben nicht abgesprochen werden könne, wenn die Worte, so wie beym legato vindicationis geschahe, an den Erben gerichtet sind. Allein, da nach dem neuesten Röm. Rechte aller Unterschied in Absicht auf die Formel der Vermächtnisse aufgehoben ist, und alle Legate angesehen werden, als wären sie per vindicationem hinterlassen worden [78]); so kann dem Erben die Wahl nur noch alsdann gestattet werden, wenn sie ihm der Testirer ausdrücklich überlassen hat [79]).

Ist nun der Weg einmal gewählt, so muß er zwar für immer beybehalten werden; es ist aber auch dem Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks keine Unternehmung erlaubt, wodurch die freye Ausübung der Servitut gehindert werden würde. Folgende Stellen des Röm. Rechts bestättigen alles dieses ausdrücklich.

L. 13. § 1. *D. h. t.* Si totus ager itineri aut actui servit, dominus in eo agro nihil facere potest, quo servitus impediatur, quae ita diffusa est, ut omnes glebae serviant. At si iter, actusve sine

77) Cit. loc. §. 548.

78) §. 2. *I. de legat. L.* 1. *C. Commun. de legat.* S. *Ios.* AVERANII Interpretat. iuris Lib. IV. cap. 13. nr. 9. und meine Opusc. iurid. Fascic. I. pag. 232.

79) Man sehe hier vorzüglich *Iani a* COSTA Commentar. ad §. 22. I. de legat. *Ant.* SCHULTINGII Iurisprud. Antejust. ad *Ulpiani* Fragm. Tit. 24. de legatis §. 14. not. 40. pag. 655. und *Bav.* VOORDA ad *Iani a* COSTA Praelection. loc. cit. not. p. pag. 43.

ſine ulla determinatione legatus eſt: modo [80]) determinabitur: et, qua primum iter determinatum eſt, ea ſervitus conſtitit: caeterae partes liberae ſunt. Igitur arbiter dandus eſt; qui utroque caſu viam determinare debet.

L. 9. D. de ſervitutib. wo Celſus ſagt:

Verum conſtitit, ut, qua primum viam direxiſſet, ea demum ire agere deberet, nec amplius mutandae eius poteſtatem haberet.

Uebrigens iſt noch zu bemerken, daß zwar bey der Beſtellung dieſer Dienſtbarkeiten mancherley Modificationen Statt finden können, aber doch nur in Anſehung der auſſerweſentlichen Beſtimmungen derſelben. Denn weſentliche Beſtandtheile können durch Verträge nicht davon getrennt werden. Daher kann z. B. bey dem actus zwar feſtgeſetzt werden, mit welchen Arten des Viehes der Weg betrieben werden ſoll, oder mit welchen Arten von Wägen der Weg befahren werden ſoll [81]); allein das Recht der Viehtrift kann ſo wenig, ſalva actus notione, ausgeſchloſſen werden [82]), als das ius itineris und actus bey der ſervitus viae,

80) *Modo* iſt hier nicht adverbaliter zu nehmen, ſondern es iſt der Ablativus von dem Worte modus; und heißt hier ſoviel als *ad modum certum*, oder *ſecundum modum agri*. S. *Bav.* VOORDA ad *Iani a* COSTA praelect. cit. pag. 43. not. q. und WESTPHAL §. 548. not. b. pag. 348. Unſer Cod. Pand. Erlang. membran. lieſet *modus* ſtatt modo.

81) *L. 4. §. 1. D. de Servitut. L. 11. pr. D. Quemadm. ſervit. amitt.*

82) S. WALCH Diſſ. de actu minus pleno §. 4.

viae, bey welcher sie zu den wesentlichen Bestandtheilen gehören. Kein Wunder, wenn daher **Ulpian** in der schon oben angeführten Stelle, *L.* 13. §. 1. *D. de acceptilat.* bey der stipulatio viae eine Acceptilation geradezu für unwirksam erklärt, wodurch iter und actus bey dieser Servitut erlassen worden sind. Daß indessen diese Servituten und ihre Ausübung auch auf Zeiten eingeschränkt werden könne, hat keinen Zweifel. **Papinian** lehrt dies ausdrücklich *L.* 4. §. 2. *D. de Servitut.* So z. B. kann festgesetzt werden, daß die Servitut nur bey Tage ausgeübt werden solle [83]).

§. 678.

Servitus pascendi.

IV. *Servitus pascendi*, die Hut- und Weidegerechtigkeit. Sie besteht in dem dinglichen Rechte, das Vieh, was man auf seinem Landgute zu dessen Zweck und Cultur nöthig hat, auf dem Grundstücke des Andern ungehindert weiden zu dürfen [84]). **Papinian** [85]) und **Paulus**

83) *L.* 14. *D. Commun. praedior.*

84) S. *Ant. Fernand. de* OTERO Tr. de pascuis et iure pascendi. *Coloniae 1705. 8. Fr. Sam.* KAEMPFFE Diss. de servitute pascendi ad agrorum praesertim desertorum culturam utiliter regunda; praes. *Chr. Car.* STUEBEL def. *Vitembergae. 1791.* Ge. Wilh. Strampffers jurist. kameralist. Abhandl. vom Hutrechte. Erlangen 1798. 8. und C. E. Münters Weiderecht. Hannover 1804. 8.

85) *L.* 4. *D. h. t.* Pecoris pascendi servitutes, item ad aquam appellendi, *si praedii fructus maxime in pecore consistat*, praedii magis, quam personae videtur. Si tamen testator personam demonstravit, cui servitutem praestari voluit, emtori vel heredi non eadem praestabitur servitus. S. *de* OTERO Tr. cit. Cap. 18. n. 8. sqq.

lus [86]) gedenken dieser Servitut ausdrücklich, und zwar bemerkt der erstere, daß zwar die *Servitus pecoris pascendi* mehr eine Prädial- als Personal-Dienstbarkeit sey; sie könne aber doch auch dem Berechtigten zuweilen blos für seine Person vermacht seyn, ohne Rücksicht auf sein Grundstück, und dann gehe sie weder auf den Erben, noch auf den dritten Käufer des Grundstücks über. Ulpian betrachtet sie jedoch unstreitig als eine Real-Servitut, wenn er *L.* 3. *pr. D. h. t.* sagt: Servitutem imponi posse, *ut boves, per quos fundus colitur, in vicino agro pascantur.* In dieser Weidegerechtigkeit ist nun zwar das Triftrecht nothwendig enthalten, so wie in dem *aquae haustus* das *ius adeundi ad fontem* [87]). Es unterscheidet sich jedoch die Triftgerechtigkeit dadurch wesentlich von der Weidegerechtigkeit, daß erstere auch für sich bestehen kann, wenn das Vieh über ein fremdes Grundstück nach den Weideplätzen ungehindert getrieben werden darf, und daß beym bloßen Viehtriebe der Hirt auf dem fremden Grundstücke mit seiner Heerde weder halten, noch auf und nieder treiben darf, sondern die Trift in einem Zuge fort verrichten muß [88]). Es ist daher ganz unrichtig, wenn Hellfeld die Hut und Weide, und die Triftgerechtigkeit für Eins halten will [89]). Die Hut- und Weidegerechtigkeit kann nun auf

86) *L. 6. §. 1. in fin. D. h. t.*

87) *L. 3. §. 3. D. h. t.*

88) S. Hagemanns Handbuch des Landwirthschaftsrechts. §. 307. §. 581.

89) Man sehe *God. Christ.* LEISERI ius georgicum Lib. III. cap. 10. nr. 2. pag. 458. und Münters Weiderecht §. 100. S. 144. ff.

auf verschiedene Art bestellet werden, nämlich entweder so, daß der Hutungsberechtigte dadurch blos das Recht erhält, sein Vieh auf dem dienstbaren Grundstücke ungehindert weiden zu dürfen; oder auf eine solche Art, daß der Berechtigte hierdurch zugleich das Recht erhält, dem Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks eine Handlung zu verbieten, welche dieser sonst vermöge der natürlichen Freiheit auf seinem Eigenthume, auch des dem Andern zustehenden Hutungsrechts ungeachtet, vornehmen dürfte. So z. B. hindert die Weideservitut den Eigenthümer nicht, seine Ländereyen und Grundstücke wirthschaftsmäßig zu benutzen. Er kann sie also nicht nur mit allen Arten von Früchten bestellen, sondern auch zu Zeiten brache liegen lassen [90]). Auch kann ihm das Recht der Mithutung nicht verwehrt werden [91]). Allein es kann der Abhutungsberechtigte ein ausschließendes Recht zu weiden, oder auch das Recht erworben haben, dem Eigenthümer zu verbieten, daß er seine Grundstücke nicht mit einer gewissen Art von Früchten bestelle. Ist nun die Weideservitut mit einem solchen Verbietungsrechte verbunden, vermöge dessen der Eigenthümer etwas, wozu er sonst als Eigenthümer befugt wäre, unterlassen muß, damit die dem Andern gestattete Servitut desto besser ausgeübt werden könne, so wird sie eine negative Weideservitut, (*servitus pascendi negativa*) in dem entgegengesetzten Falle aber eine affirmative (*servitus pascendi affirmativa*) genennt [92]). Der Unterschied zwischen bey-

90) S. HOMMEL Rhapsod. Quaestion. for. Vol. I. Obs. 34. und WIESAND Opus. iurid. Specim. VIIII. Obs. 2. pag. 114. sqq.

91) S. LEISERI *ius georgic.* c. l. nr. 30. pag. 462. und Münter im angef. Buche §. 64.

92) S. KAEMPFFE cit. Diss. Cap. I. §. 2.

beyden ist eben so wichtig, wie der zwischen affirmativen und negativen Prädial-Servituten überhaupt [93]). Denn es läßt sich mit Grund die Meinung derjenigen [94]) nicht vertheidigen, welche behaupten wollen, daß jede Weideservitut schon an sich das Recht enthalte, dem Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks jede Art von Cultur desselben, und jedes Unternehmen zu verbieten, woraus nur irgend ein Nachtheil für das Weiderecht entsteht [95]). Es wird vielmehr dazu entweder eine ausdrückliche Begebung von Seiten des Eigenthümers, oder von Seiten des Berechtigten eine erweisliche Prohibitivhandlung erfordert, bey welcher sich der Eigenthümer über rechtsverwährte Zeit beruhiget hat [96]).

§. 679.

Die Weideservitut kann eingeschränkt, oder uneingeschränkt seyn.

Die Weidegerechtigkeit kann ferner entweder auf eine unbestimmte oder bestimmte Art eingeräumt seyn. Ist das Erstere der Fall, so darf dennoch die Hut- und Weidegerechtigkeit nicht bis ins Unendliche ausgedehnt werden. Denn es findet auch hier das aus der Natur der Dienstbarkeiten abgeleitete Princip des Röm. Rechts, servitute *civiliter* est utendum, seine volle Anwendung.

Es

93) S. oben §. 660.

94) S. TOEPFER Diss. de servitute rustica agrorum incultorum culturam prohibente. *Lipsiae 1792.*

95) KAEMPFFE cit. Diss. Cap. II. §. 4. hat diese Meinung widerlegt.

96) S. CARPZOV P. II. Constit. IV. Definit. 13. WIESAND Opusc. cit. pag. 117. KIND Quaestion. for. Tom. III. Cap. 39. und KAEMPFFE cit. Diss. de servitute pascendi Cap. I. §. 3.

Es darf daher der Berechtigte den Weidedistrict weder in der Maaße betreiben, daß der Grundeigenthümer behindert wird, sein Grundstück wirthschaftsmäßig zu benutzen, noch mit allzu vielem Vieh die Weide abhüten [97]); vielmehr finden hier gewisse natürliche Gränzen Statt, welche theils aus dem Wesen einer Realservitut überhaupt, theils nach den Grundsätzen der Landwirthschaft zu bestimmen sind. Es ist demnach

1) in Absicht auf die Art des Viehes darauf zu sehen, daß das Hutungsrecht nur mit solchen Vieharten ausgeübt werde, die sich für die zur Abhutung bestimmten Plätze schicken [98]). Es darf daher weder krankes, noch solches Vieh, welches der Weide schädlich ist, auf die Weideplätze gebracht werden. So z. B. dürfen Schweine wegen des Umwühlens, und Gänse wegen ihres heisen und ätzenden Düngers schlechterdings nicht auf Wiesen gehütet werden [99]). Ist die Weidegerechtigkeit durch Verjährung erworben worden, so kann sie nur mit den Vieharten ausgeübt werden, welche seit rechtsverjährter Zeit auf die Weide gebracht worden sind [100]).

2) In

97) S. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, 2. B. §. 283. S. 529. und Hagemanns Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 293. S. 555.

98) Von Benekendorf Oeconom. for. 1. B. 1. Hptst. §. 19. *Io. Ad. Th.* KIND Quaestion. for. Tom. IV. cap. 64.

99) LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. Lib. VIII. Tit. 3. §. 10. Rüdigers Anfangsgründe der allgemeinen Staatslehre. 2 Th. S. 26.

100) LAUTERBACH c. l. KIND c. l. Tom. IV. p. 381. Münter §. 70.

2) In Absicht auf die Zahl des Viehes findet bey einer uneingeschränkten Weidegerechtigkeit die jetzt allgemein angenommene wichtige Regel Statt, daß der Hutungsberechtigte nur soviel Vieh auf die Weide treiben dürfe, als zu einem mit der wirthschaftlichen Benutzung des Guts proportionirten Viehstande gehört, und der Berechtigte mit dem eigenen gewonnenen Futter zu durchwintern im Stande ist [1]). Diese Regel leidet um so weniger einigen Zweifel, da sie aus der Natur einer Real-Servitut selbst abgeleitet ist. Denn da eine solche Dienstbarkeit keiner Person, sondern einem praedio zusteht, so muß der Umfang derselben lediglich durch die Bedürfnisse des herrschenden Gutes bestimmt werden. Wenn nun ein Gut wirthschaftlich benutzt werden soll, so muß nothwendig der Viehstand mit dem Futterstande in einer Proportion stehen, und sich nach dem eigenen gewonnenen Winterfutter richten, folglich muß auch nach diesem Verhältniß bey einer uneingeschränkten Hutgerechtigkeit die Anzahl des Viehes bestimmt werden [2]). Dies ist also die Gränzlinie, die nicht überschritten werden darf. Ob übrigens das Vieh dem zur Abhutung Berechtigten eigen gehört, oder ob es nur von ihm in Pacht genommen ist, darum hat sich der Besitzer des dienstbaren Gutes

1) MEVIUS P. I. Decis. 28. PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 123. und Tom. IV. Obs. 109. Struben rechtliche Bedenken 4. Th. Bed. 117. §. 3. von Benekendorf Oeconom. for. 1. B. 1. Hptst. §. 110. KIND Quaest. for. Tom. II. c. 59. et Tom. IV. c. 65. Hagemanns Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 298. u. HAUBOLD ad *Bergeri* Oecon. iuris Tom. I. pag. 330. not. z.

2) S. Gmelin und Elsässers gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle 3. B. Nr. 13. S. 210. und Danz Handbuch des deutschen Rechts 2. B. §. 283. S. 528.

Gutes nicht zu bekümmern, wenn er es nur zum Gebrauch und zur Cultur seines Grundstücks hält [3]). Hellfeld will zwar von einer unbestimmten Hutgerechtigkeit fremdes Vieh ganz ausschließen. Allein es läßt sich diese Meinung nur in soweit rechtfertigen, daß der Abhutungsberechtigte keinem Dritten gestatten darf, sein Vieh mit auf die dienstbaren Felder zur Weide zu treiben. Denn nach der *L.* 5. *in fin. D. h. t.* kann eine Realservitut nie weiter ausgeübt werden, quam quatenus *ad eum ipsum fundum* opus sit, cui concessa est servitus. Insofern also das von dem Berechtigten in Pacht genommene fremde Vieh zur Cultur des Gutes gebraucht wird, zu dessen Nutzen die Dienstbarkeit bestellet worden, ist es als zum Viehstand des Gutes gehörig anzusehen, und der Serviens ist solches auf seinen zur Abhutung bestimmten Grundstücken zu dulden schuldig, soweit es mit dem eigenen auf dem praedio dominante gewonnenen Futter durchwintert werden kann [4]).

3) In Absicht auf die Zeit der Abhutung ist zu bemerken, daß der Hutungsberechtigte nie zu geschlossenen, sondern nur in offenen Zeiten weiden dürfe. Wenn diese Zeiten ihren Anfang nehmen, und wenn sie sich endigen, ist zwar gewöhnlich durch die Landesgesetze oder durch rechtliches Herkommen des Orts bestimmt. In Ermangelung einer solchen Bestimmung hingegen kommt es

3) v. Benekendorf a. a. O. §. 112. Struben a. a. O. §. 4. Gmelin u. Elsässer a. a. O. 3. B. §. 134. S. 213.

4) Ausser Gmelin und Elsässer a. a. O. §. 134. ist hier noch vorzüglich zu vergleichen das gründliche Gutachten des Hrn. Prof. Woltärs in Kleins merkwürdigen Rechtssprüchen der Hallischen Juristen-Fakultät. 3. Bd. Nr. III.

es vorzüglich auf die Art und Eigenschaft des Grundstücks an, auf welchem das Hutrecht ausgeübt wird [5]). Dieses Grundstück ist nämlich entweder ein solches, welches sonst gar keinen andern Zweck und Nutzen hat, als daß es blos zur Abhutung dient, außerdem aber ein ganz ödes, wüstes und ungebautes Grundstück ist, dergleichen man Lehden, oder Haiden zu nennen pflegt; oder das dienstbare Gut ist ein solches Grundstück, welches außer der Weidenutzung noch andere Früchte und Vortheile gewährt, die dem Huthungsrechte nicht unterworfen sind; als wohin Aecker, Wiesen und Waldungen gehören. In dem ersten Falle kann die zuständige Weideservitut zu allen Zeiten des Jahrs ausgeübt werden. In dem andern Falle hingegen ist die Weide nur erst von dem Zeitpunct an als offen zu betrachten, wenn die Früchte an allen Stellen des dienstbaren Gutes vollkommen eingeärndtet worden sind [6]). Es ist dies nicht nur dem Grundsatz gemäß, welchen **Ulpian** [7]) aufstellt: ut ne per servitutem commoditas et usus rei propriae domino adimatur; sondern es ist auch schon überhaupt nie zu vermuthen, daß Jemand auf seinen Wiesen und Feldern Jemandem die Hut und Weide habe verstatten, und sich selbst den größern Nutzen, den jene gewähren, dadurch habe entziehen wollen. Es muß vielmehr im Zweifel immer angenommen werden, daß die Hut nicht anders, als mit Vorbehalt der ordentlichen

5) Man vergleiche hier vor allen andern die vortrefliche Ausführung in *Io. Ad. Th.* KIND Quaestionib. for. Tom. II. cap. 58.

6) Strubens rechtliche Bedenken Th. I. Bed. 165. und Münters Weiderecht §. 63. und §. 91.

7) *L. 13. in fin. D. Commun. praedior.*

chen Früchte eingeräumt, und daß daher dieselbe civiliter, und ohne Schaden der Früchte ausgeübt werden müsse [8]). Um jedoch den Zeitpunct noch genauer zu bestimmen, wenn die Abhutungszeit als offen anzusehen ist, müssen wir die Natur und Beschaffenheit der zur Abhutung bestimmten Grundstücke noch etwas näher betrachten. Diese können nämlich

1) Wiesen seyn, die ganz vorzüglich zur Gräserey und zum Viehfutter bestimmt sind. Sie werden in Rücksicht der Benutzung in solche, die nur eine Heuerndte zulassen, und in solche eingetheilt, welche eine zwey oder wohl gar dreymalige Abschneidung des Grases gestatten. Jene werden einheuige oder einschürige, diese aber zweyoder dreyheuige, oder zwey- und dreyschürige Wiesen genennt [9]). Ist nun

a) Die Wiese einheuig, so darf der Besitzer des praedii dominantis gleich nach geendeter Heuerndte sein Hutrecht ausüben, ohne daß es dem Eigenthümer der Wiese erlaubt ist, sie noch einmal zu mähen, und Nachgras oder Grummet darauf zu ärndten [10]).

b) Ist die Wiese zweymäthig, so ist dieselbe sogleich nach vollendeter doppelten Benutzung für offen zu halten, und der Berechtigte darf nun sein Vieh hüten [11]). Endlich

c) in

8) *L. 9. D. de servitut.* KIND c. l. pag. 320. sq.

9) S. KIND c. l. pag. 323. Hagemanns Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 131.

10) Strubens rechtliche Bedenken 4. Th. Bed. 153. und Strampfer vom Hutrechte §. 17. und 18.

11) Strampfer a. a. O. §. 15. u. §. 18.

c) in Gegenden, wo Wiesen dreymal gemähet werden, ist die Wiese erst dann für offen zu halten, wenn diese dreyfache Benutzung vorüber ist. Darnach ist denn freylich der Anfang und das Ende der Hutung, oder die Zeit, wie lange die Wiesen im Herbst und Frühjahre der Aufhütung unterworfen sind, sehr verschieden. Weil jedoch die völlige Wiesenbenutzung gewöhnlich um Michaelis vorüber ist, so nimmt die Zeit der Abhutung an den meisten Orten gewöhnlich um diese Zeit ihren Anfang, und dauert bis Walpurgis, mit welchem Tage sodann die geschlossene Zeit eintritt [12]).

2) Aecker werden gewöhnlich auf zwey verschiedene Arten benutzt, sie werden nämlich mit Sommer- und Winterfrüchten bebauet, und im dritten Jahre brach gelassen. Die Abhutung auf Bauäckern setzt nun immer eine völlige Brache voraus. Ist diese vorhanden, so hat der Hutungsberechtigte die Befugniß, zur Zeit der Brache sein Vieh auf den dienstbaren Feldern ohne Zeitbestimmung zu weiden; weil die Brache zur Weide dient. Ein Acker ist demnach nur erst dann für offen zu halten, wenn die gewöhnlichen Sommer- und Winterfrüchte vollkommen eingeärndtet, und vom Felde geschafft sind. Man nennt diese Art der Weide die Stoppelhütung. Sollte es zweifelhaft seyn, ob das dienstbare Grundstück nicht ein in jedem Jahre zu bauender Acker sey, so wird im Zweifel keine Brache zum Vortheil des herrschenden Guts vermuthet. Denn Niemand ist, zum Vortheil des Weideberechtigten,

12) S. *de* BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. IX. not. 2. KIND Quaest. for. T. II. cap. 58. pag. 223. und Hagemanns Handb. des Landwirthschaftsrechts §. 132.

tigten, Brachfelder zu halten schuldig, wenn ihn nicht Gesetz, Vertrag, oder rechtliches Herkommen dazu verpflichten [13]). Endlich

3) in Waldungen kann zwar eine unbestimmt eingeräumte Hut zu aller Zeit ausgeübt werden, doch hängt in hauigen oder schlagbaren Wäldern die Zeit der Hutung vorzüglich von dem Wachsthume und der Art des Holzes ab. Denn die Zeit, wo nach richtigen Forstgrundsätzen der Wald geschont werden muß, ist zu halten, mag auch das Hutrecht noch so uneingeschränkt seyn [14]). Die Zeit der Hutung in Wäldern ist also so lange für geschlossen zu halten, bis die Blätter der Bäume dem Viehe außer dem Maule gewachsen sind, wie man zu sagen pflegt, d. h. so lange noch das Vieh dem jungen Anfluge durch Wegfressen oder Zerbeisen der jungen Lohden schädlich werden kann [15]).

Ist die Hut und Weidegerechtigkeit hingegen auf eine bestimmte Art eingeräumt, so kann sowohl die Zeit der Hütung, als auch die Art und Zahl des Viehes bestimmt seyn. Diese Bestimmungen müssen von dem Hutberechtigten genau befolgt werden. Es entsteht hierbey die Frage, ob und wie lang bey Schaafen, deren Anzahl bestimmt ist, die Lämmer bey ihren Müttern ungezählt auf der

13) S. Hagemanns Landwirthschaftsrecht §. 295. und Strampffers Abhandl. vom Hutrechte §. 20.

14) S. Hagemanns Landwirthschaftsrecht. §. 296. und Strampffer vom Hutrechte §. 24.

15) KIND Quaestion. for. Tom. II. cap. 58. pag. 321. und HAUBOLD ad *Bergeri* Oecon. iuris. Lib. II. Tit. 3. Th. 9. not. y. Tom. I. pag. 329.

der Weide zu dulden sind? Die Rechtsgelehrten sind deshalb sehr verschiedener Meinung. Einige [16]) wollen die Lämmer schlechterdings, auch selbst während der Saugezeit, von der Weide ausschließen, weil Servituten, als eine gehässige und lästige Sache, streng nach den Worten erklärt werden müßten, und die Erfahrung lehre, daß die Lämmer, auch so lange sie wirklich noch saugen, bereits die Weide nebenher mit genößen. Andere hingegen, denen auch Hellfeld beystimmt, lassen zwar die Lämmer zu, allein sie streiten darüber, wie lange der Eigenthümer des dienstbaren Weideplatzes dieselben ungezählt auf der Weide zu leiden schuldig sey? Einige [17]) behaupten nämlich, die Lämmer müßten ein ganzes Jahr ungezählt neben den Schafen auf der Weide geduldet werden. Andere [18]) hingegen halten dafür, daß der Eigenthümer des Weide-

 platzes

16) WERNHER Observat. for. Tom. II. Part. VIII. Obs. 491. *God.* BARTH Diss. de iure pascendi. Cap. 3. §. 5.

17) BRUNNEMANN Comment. ad L. 17. D. h. t. *de* BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 9. not. 3. *Aug. a* LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CVIII. Cor. 1. *God. Christ.* LEISER iur. georgic. Lib. II. cap. 14. nr. 52. *Io. Wilh.* ENGELBRECHT Specim. de eo quod iustum est circa agnos. (*Helmst. 1724.*) P. II. Cap. 2. §. 4. Estor kleine Schriften St. 12. Nr. 9. S. 760. KIND Quaest. for. T. II. cap. 59.

18) von Rohr Haushaltungsrecht B. 6. Cap. 3. §. 5. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 5. Bd. Medit. 310. und besonders Runde Beyträge zur Erläuterung rechtlicher Gegenstände 1. Band (Göttingen 1799. 8.) Nr. X. S. 339. ff. Dieser Meinung sind auch THIBAUT im System des Pand. Rechts. 2. Bd. §. 608. lit. B. und Hagemann im Landwirthschaftsrechte. §. 2998. Not. *. S. 564.

platzes die Lämmer nicht länger, als bis zur Absetzezeit, welche zwischen Pfingsten und dem Johannistage eintritt, ungezählt auf der Weide zu dulden schuldig sey. Diese letztere Meinung verdient ohne Zweifel den Vorzug. Die Gründe liegen in der Natur der Sache. Denn Servituten dürfen nicht zum Nachtheil des dienstbaren Gutes ultra modum concessum ausgedehnt werden; und dann bringt dies auch die Absicht des die Zahl bestimmenden Vertrages mit sich, welche unstreitig dahin geht, daß die Weide nicht mit zu viel fressendem Viehe übertrieben werde.

§. 680.

Mithutungsrecht des Eigenthümers.

Die Hutungsgerechtigkeit kann endlich dem Andern entweder auf eine solche Art gestattet seyn, daß sich der Eigenthümer dabey des Rechts, sein eigen Vieh auf seinen Grundstücken mitweiden zu lassen, ausdrücklich begeben hat; oder so, daß ihm die Mithut, *ius compascendi*, zusteht. Letzteres wird im Zweifel vermuthet. Denn das Recht der Mithut ist ein Ausfluß des dem Eigenthümer zustehenden Gebrauchsrechts, welches ihm selbst die Gesetze, neben der auf dem Gute haftenden Servitut, ausdrücklich zu sichern [19]). Dem Eigenthümer bleibt also die Mithut so lange offen, bis der Hutungsberechtigte dargethan hat, daß ihm entweder ein ausschließliches Hutungsrecht von dem Eigenthümer selbst eingeräumt sey, oder daß er sich über

19) *L. 6. C. de Servitut. L. 13. §. 1. in fin. D. Commun. praedior.* S. *Andr. Flor.* RIVINI Disp. de aequali iure dominantis et servientis praedii, si pascua non sufficiant. *Lipsiae 1738.* §. 10. et 11.

über rechtsverjährte Zeit im Besitz des Verbietungsrechts befinde [20]). Durch bloßen Nichtgebrauch hingegen geht das Recht der Mithut von Seiten des Eigenthümers darum nicht verloren, weil dessen Ausübung, als ein Ausfluß des Eigenthumsrechts, von der freien Willkühr des Eigenthümers abhängt [21]). Tritt nun der Fall ein, daß der Ertrag der Weide für beyde Heerden nicht zureicht, so ist die Frage, welcher von beyden Interessenten zurückstehen, oder seine Heerde vermindern müsse? sehr streitig. Man hat hier, wie Hellfeld auch ganz richtig behauptet, vor allen Dingen darauf zu sehen, ob die Zahl des Viehes, welches der Hutberechtigte weiden darf, ausdrücklich bestimmt ist, oder nicht. Im ersten Falle sind alle darin einverstanden, daß der Eigenthümer dem Hutungsberechtigten weichen müsse, wenn die Fütterung mangelt. Hier tritt die Regel ein: *eatenus ab usu iuris mei excludor, quatenus id alteri in meo concessi* [22]). In dem andern Falle hingegen sind die Meinungen der Rechtsgelehrten getheilt. Einige [23]) geben dem Eigenthü-

20) RIVINUS cit. Diss. §. 18. et 19. Hagemann §. 301. Not. I. S. 569. und Strampffer a. a. O. §. 33.

21) RIVINUS cit. Diss. §. 20. und Münters Weiderecht §. 112. S. 162.

22) Struben rechtl. Bedenken 4. Th. Bed. 117. §. 3. S. 300. und THIBAUT System des P. R. 2 Bd. §. 608. S. 49. a. E.

23) LAUTERBACH Colleg. Pand. th. pract. h. t. §. 9. BRUNNEMANN Comm. ad L. 13. D. Commun. praed. nr. 5. BERLICH P. II. Concl. 49. nr. 6. sqq. BOEHMER iur. Dig. h. t. §. 9. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1105. MALBLANC Princip. iur. Rom. Tom. II. §. 435. not. g. und Strampffer §. 33.

mer des dienenden Grundstücks, andere [24]) dem Hutberechtigten den Vorzug. Noch andere [25]) behaupten, der Eigenthümer des belasteten Grundstücks müsse auch bey einer unbestimmten Hutgerechtigkeit wenigstens alsdann immer zurückstehen, wenn von Seiten des Hutberechtigten die Anzahl des Viehes nicht überschritten wird, welche derselbe mit eigenem gewonnenen Winterfutter ernähren kann. Es giebt ferner Rechtsgelehrten [26]), welche darauf gesehen wissen wollen, mit welchem Titel die Weideservitut erworben worden sey. Ist nämlich die Weideservitut durch Verjährung erworben, so sey der Eigenthümer des dienenden Grundstücks auf jeden Fall wenigstens soviel Vieh zuzulassen, gesetzlich verpflichtet, als dem Hutberechtigten mit einer Fütterung zu durchwintern möglich ist. Denn da die Präscription eine Strafe der Nachläßigkeit ist, so verdiene hier der Eigenthümer keine rechtliche Begünstigung. Wäre hingegen die Hutgerechtigkeit dem Andern durch Vertrag bewilliget worden, so müsse ob clausulam rebus sic stantibus für den Eigenthümer des dienenden Gutes gesprochen

24) WERNHER Observat. for. Tom. II. P. IX. Obs. 67. *de* BERGER Oecon. iur. Lib. II. Tit. 3. Th. 9. not. 5. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 15. KIND Quaest. for. Tom. I. cap. 48.

25) Gmelin und Elsässer gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle 3. Band Nr. 13. §. 133. Hagemann im Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 301. S. 570. f. und Danz im Handbuch des deutschen Privatrechts 2. B. S. 527. f.

26) *Car. Frid. Gans* nobil. dom. in PUTLITZ Dissert. epistolar. de eo, quod iustum est circa servitutem pascendi, si pascua non sufficiunt. *Halae 1772.* 4. und Münter Weiderecht. §. 64.

sprochen werden. Endlich verdienen diejenigen [27]) noch besonders bemerkt zu werden, welche behaupten, daß, wenn die Zahl des zu weidenden Viehes nicht besonders bestimmt ist, das Recht auf beyden Seiten gleich sey, folglich beyde ihre Heerden, nach dem Urtheile der Haushaltsverständigen, verhältnißmäßig vermindern müßten. Diese letztere Meinung, welche auch Hellfeld annimmt, ist nicht nur den Rechten und der Billigkeit am gemäßesten, sondern auch jetzt fast durchgehends in der Praxis angenommen [28]).

§. 681.

Koppelhut. Verschiedene Arten derselben. Inwiefern findet einseitige Aufhebung derselben Statt?

Von dem Rechte der Mithut, von welchem in dem vorigen Paragraph die Rede war, ist eigentlich die Koppelweide zu unterscheiden. Zwar wird von vielen das Recht der Mithut, welches dem Eigenthümer des dienstbaren Gutes auf seinem eigenen Grundstücke neben dem Hutungsberechtigten zusteht, auch als eine Art der Koppelweide aufgeführt, in sofern nämlich unter Koppelhut im allgemeinen Sinn, eine gemeinschaftliche Hütung, oder ein gemeinschaftliches Weiderecht überhaupt

27) HEINECCIUS in Elem. iuris civ. sec. ord. Pand. h. t. §. 152. RIVINUS in Diss. de aequali iure dominantis et servientis praedii, si pascua uon sufficiant. §. 26 et 27. und HOMMEL Rhapsod. quaestion forens. Vol. I. Obs. 188.

28) S. *Christ. Gottl.* HAUBOLD ad *Bergeri* Oeconom. iuris Tom. I. pag. 331. not. d. und *Io. Ad. Theoph.* KIND Quaest. for. Tom. IV. cap. 66. pag. 386. sq.

verstanden wird[29]). Allein Koppelhut, oder Koppelweide kann, wenn man

I. auf das Object sieht, entweder

1) auf fremden Grundstücken statt haben, und dann versteht man

a) im eigentlichen Sinn unter Koppelweide, *Compascuum in specie sic dictum*, wenn mehrere verschiedene Gutsbesitzer einander wechselseitig die Weide auf ihren Grundstücken blos bittweise, als ein persönliches Recht, aus nachbarlicher Freundschaft, und zur Vermeidung aller Irrungen und Streitigkeiten, gestatten. Ein solches *compascuum ex familiaritate concessum* wird insgemein durch die untermischte Lage der Saatfelder und Wiesen veranlaßt, welche es fast unmöglich macht, daß nicht das Vieh des einen Eigenthümers auf die angränzenden Saatfelder und Wiesen des andern Nachbars herüber laufe, und was abfresse. In dieser Lage pflegen oft Nachbaren einander ein gegenseitiges Abhutungsrecht zu gestatten, um immerwährenden Pfändungen auszuweichen[30]). Ein solches Weiderecht beruhet auf einem Precarium, und kann daher nach Gefallen widerrufen werden, ohne daß dem

29) S. Stampfer in der angef. Abh. 2. Abschn. §. 31. und Hagemann im Landwirthschaftsrecht §. 300. u. ff. LEYSER sagt in seinen Meditat. ad. Pand. Specim. 108. medit. 11. *Compascuum* est communio iuris pascendi.

30) S. Münters Abhandlung von der Koppelweide, in dem Archiv für die theoret. und pract. Rechtsgelehrsamkeit von Hagemann und Günther 4. Th. Nr. 2.

dem einen Theile eine Verjährung gegen den Andern zu statten kommt [31]).

b) Im uneigentlichen Sinn, eine gegenseitige Weideservitut, wenn jeder der zur Koppelhut berechtigten Nachbaren durch eine Servitut berechtiget ist, sein Vieh auf des andern Grundstücke zu hüten. Ein solches Weiderecht kann von keinem der beyden Theile einseitig aufgehoben werden [32]).

Ist es zweifelhaft, ob die Koppelhut als Servitut, oder als ein Precarium zugestanden sey, so fragt sich's, wofür die Vermuthung streite? Hellfeld behauptet, daß im Zweifel kein Precarium zu präsumiren sey. Eben dieser Meinung ist auch Thibaut [33]). Allein die meisten Rechtsgelehrten [34]) nehmen das Gegentheil an, weil die Vermuthung für das Precarium mit der allgemeinen Begünstigung der natürlichen Freyheit mehr übereinstimme, dahingegen das Daseyn einer Servitut im Zweifel nicht vermuthet

31) S. BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 9. not. 6. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 212. und Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts 2. Bd. §. 283. S. 526.

32) HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1092. pag. 289.

33) System des P. R. 2. B. §. 608. S. 50.

34) BERGER c. l. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 11. CARPZOV P. II. Const. 4. Def. 14. et Constit. 41. Def. 9. STRUV Exercit. XIII. §. 27. *Io. Lud.* ECKARDT Diss. an detur compascuum ex praesumtione, quod sit familiaritas, aut precarium, revocabile? *Ienae 1784.* HAUBOLD ad *Bergerum* cit. loc. T. I. pag. 331. not. f. HOFACKER cit. loc. Münter in der angeführten Abhandlung. §. 3.

thet werden könne. Ueberdem bringe es auch schon die Natur einer Gemeinschaft mit sich, daß niemand wider seinen Willen darin zu bleiben, genöthiget werden könne. Noch andere [35]) sagen, wenn zwischen den Besitzern angränzender, im ausschließlichen Eigenthume eines jeden befindlichen, Grundstücke die gemeinschaftliche Hutung auf diesen Grundstücken regelmäßig statt hat, so sey eine wechselseitige Weideservitut anzunehmen; wenn hingegen diese gegenseitige Behütung nicht regelmäßig und beständig auf ebendenselben, sondern nur zuweilen, und bald auf diesen bald auf andern Stücken statt findet, so sey ein Precarium zu präsumiren. Die richtigste Meinung ist jedoch diejenige, welche die Praxis annimmt [36]), nämlich, daß kein besonderer Grund vorhanden sey, das eine vor dem andern zu präsumiren, weil das eine so gut, wie das andere statt haben kann, und das eine so gut, wie das andere factisch ist Wenn also ein Nachbar gegen den andern behauptet, daß die bisher ausgeübte Koppelhut ein bloßes precarium gewesen sey, und dieses zum Grunde seiner Klage macht; so muß er den Beweiß übernehmen [37]). Es hat indessen keinen Zweifel, daß die ursprünglich auf einem bloßen Precarium beruhende Koppelhut dadurch in eine

35) Hagemann Landwirthschaftsrecht §. 303.

36) MEVIUS P. V. Decis. 251. WERNHER Observat. for. T. II. P. VIII. Obs. 358. KIND Quaestion. for. Tom. III. cap. 38. und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius, civ. controv. h. t. Qu. 2. not. o.

37) Diese Meinung stimmt auch mit den allgemeinen Grundsätzen von der Beweisführung am besten überein. S. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß S. 170. ff.

eine Weideservitut verwandelt und umgeschaffen werden könne, daß einer der Interessenten sie widerrufen will, der andere aber widerspricht, und fortfährt, sein Vieh binnen der zur Verjährung erforderlichen Zeit ungehindert in die Weide eintreiben zu lassen [38].

2) Auf gemeinschaftlichen Grundstücken kann die Koppelhut mehreren, vermöge eines Miteigenthums, zustehen. *Compascuum ex iure condominii.* Ein solches gemeinschaftliches Weiderecht kann wenigstens insofern wieder aufgehoben werden, als das Miteigenthum selbst durch Theilung aufgehoben werden kann.

II. Sieht man auf das Subject, so können die Interessenten entweder

1) Einzelne seyn, denen die Koppelhut auf einem fremden Grundstück entweder mit dem Eigenthümer desselben, oder zugleich mit andern gemeinschaftlich zusteht. Hier ist das Verhältniß der mehreren Hutungsberechtigten unter sich nach den Grundsätzen von der Communion *), das Verhältniß aller zum Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks hingegen nach den allgemeinen Grundsätzen von Dienstbarkeiten zu beurtheilen. Gewöhnlich versteht sich jedoch die Hut von gleicher Zeit, Zahl und Art des Viehes, wofern unter den Interessenten nicht ein Anders bestimmt ist [39]).

2) Mitglieder einer Gemeinheit. Diese Koppelweide, welche vermöge des Gemeinderechts ausgeübt wird, ist eine der gewöhnlichsten. Es gehören dahin

38) Hagemanns Landwirthschaft §. 303.

*) *Arg. L. 4. D. de aqua quotid.*

39) S. Hagemann §. 302. und Strampfer a. a. O. §. 34.

dahin die Gemein-Weiden der Städte und Dörfer. Solche Gemeinweiden werden entweder

a) auf öffentlichen Plätzen, welche zum Eigenthume des Staats gehören, oder

b) auf Gemeinde-Plätzen, deren Eigenthum der ganzen Gemeinheit, als einer moralischen Person, zusteht, oder

c) auf der ganzen Dorfsflur, mithin auch auf den, im ausschließenden Eigenthume eines jeden Gemeindegliedes befindlichen Aeckern und Wiesen ausgeübt. Ein solches *Compascuum* ist oft wegen der untermischten Lage der säbaren Grundstücke, welche die Feldfluren der teutschen Dörfer bilden, fast nothwendig, und an vielen Orten dergestalt zu einem Gesammteigenthume der Gemeinde geworden, daß der Eigenthümer seiner Felder und Wiesen nicht einmal die Vorhut auf seinem Grund und Boden ausüben, oder sonst etwas vornehmen darf, wodurch die Weide der Interessenten verhindert wird [40]).

Die Gränzen der Ausübung des Gemeinde-Weiderechts sind gewöhnlich durch Dorf- und Gemeinde-Ordnungen oder Observanzen vorgezeichnet. Auf jeden Fall haben jedoch nur wahre Gemeinde-Glieder ein vollkommenes Anspruchsrecht daran, ohne übrigens auf die Größe ihrer Besitzungen Rücksicht zu nehmen [41]). Der Grad der Theilneh-

40) Hagemann §. 304. Not. 1. S. 575. und Kleins merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Facultät. 1. Bd. S. 351. ff.

41) PUFFENDORF Observat. iur. univ. T. IV. Obs. 108. von Bülow und Hagemanns practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 4. Bd. Erört. 56. und Münters Weiderecht. §. 90.

nehmung eines jeden Mitgliedes ist im Zweifel nach dem Verhältniß der Bedürfnisse zu bestimmen, und daher zum Grundsatz anzunehmen, daß jeder Interessent nur dasjenige Vieh auf die gemeine Weide bringen dürfe, was er zum Behuf seines eigenen Haushalts nöthig hat [42]). Eine solche Koppelweide, welche vermöge des Gemeinderechts ausgeübt wird, kann nun anders nicht aufgehoben werden, als wenn entweder alle Gemeindeglieder darein willigen, oder die Aufhebung wenigstens durch die Majorität beschlossen wird [43]); und hiervon ist auch zunächst die Art der Vertheilung bey Gemeinweiden abhängig. Ist nichts darüber bestimmt worden, so wollen zwar einige [44]) dasjenige Princip für das angemessenste halten, nach welchem die Viehzahl, womit jeder Theilhaber die gemeine Weide zu betreiben befugt war, den Maasstab zur Bestimmung der Antheile abgiebt. Allein da jedes Mitglied unstreitig ein gleiches Recht an der Gemeinweide hat, so ist nach rechtlicher Ansicht die Meinung derjenigen billig vorzuziehen, welche zum Grundsatz annehmen, daß die Vertheilung der Gemeindeplätze in völlig gleiche Theile geschehen müsse, und also im Zweifel Kopftheile zu machen sind [45]). Daß inzwi-

42) S. von Bülow und Hagemanns pract. Erörterungen 4. Bd. Nr. 57.

43) Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 2. Bd. §. 283. S. 547. und THIBAUT Syst. des P. R. 1. B. §. 221. S. 164.

44) S. Runde Beiträge zur Erläuterung rechtlicher Gegenstände 1. Band Nr. I. und Hagemanns Handb. des Landwirthschaftsrechts §. 103.

45) S. Krülls Bestimmung des rechtlichen Verhältnisses, nach welchem Gemeinplätze oder Gemeinweiden unter die dazu Berech-

inzwischen eine solche Gemeinheitstheilung und Auseinandersetzung wegen der verschiedenen Ansichten und Meinungen der Rechtsgelehrten immer mit großen Schwierigkeiten verbunden sey, lehrt die Erfahrung [46]).

§. 682.

Servitus aquaeductus, aquaehaustus, et pecoris ad aquam appulsus.

V. Die *Servitus aquaeductus* ist das dingliche Recht, Wasser in Röhren oder Canälen aus einer fremden Quelle, oder durch eines andern Grundstück in das seinige zu leiten, oder aus seinem Grundstücke durch des Nachbars Grund und Boden abzuleiten. Wasserleitungsgerechtigkeit. Westphal [47]) sagt richtiger, wie andere, AQUAEDUCTUS est, *quando, per fundum vicinum,*

rechtigten vertheilt werden sollen; in desselben Prüfung einzelner Theile des bürgerlichen Rechts. 2. Bändchen. Landshut 1803. 8. und THIBAUT Syst. des P. R. 1. B. §. 221. S. 164. folg.

46) Man vergleiche noch Gönner über Cultur und Vertheilung der Gemeinweiden in rechtlicher und staatswirthschaftlicher Rücksicht. Landshut 1803. 8. Jacobi Beschäftigungen mit Gemeinheits-Theilungs-Materien. Hannover 1803. 8. Meier über die Gemeinheitstheilung 1. Th. Celle 1801. Mereau Miscellaneen zum deutschen Staats- und Privatrecht 1. Th. Gotha 1791. Nr. 4. und Leuperts wirthschaftliches Taschenbuch Jahr 1804. Nr. 11.

47.) De lib. et servitut. praed. §. 617. Man sehe auch *Ge. Sigism.* RICHTER Diss. de aquaeductibus, *Ienae*, praes. *Ge. Ad.* STRUVIO, def. 1666. und *G. G.* HERMANN Diss. de servitute aquae ductus *Lipsiae 1803.*

cinum, vel ad ſe derivare licet aquam, vel a fundo ſuo deducere. Es läßt ſich alſo dieſe Servitut auf zweyerley Art gedenken.

I. Wenn man befugt iſt, Waſſer aus eines Andern Grundſtück, oder durch daſſelbe, in das ſeinige zu leiten. Dies iſt der gewöhnliche Fall, auf welchen ſich folgende Stellen beziehen.

Ulpian *L.* 1. *pr. D. h. t. Aquaeductus* eſt ius aquam ducendi per fundum alienum.

Juſtinian §. 1. *I. de Servitutibus praed.* hat dieſen Begriff wörtlich beybehalten.

Theophilus in ſeiner griechiſchen Paraphraſe über dieſe Stelle der Inſtitutionen *Lib. II. Tit.* 3. *Pr.* [48]) giebt folgenden Commentar darüber:

Aquaeductus ἐϛι δικαῖον τοῦ ἕλκειν με ὕδωρ δι' ἀλλοτρίου ἀγροῦ· οἷον, ἶχες ἀγρὸν ὕδατι πλουτοῦντα· ἶχον δὲ ἐγὼ πλησίον ἀγρὸν ὑδατος δεόμενον· ἠτησά σε, ὥϛε μοι ἐξεῖναι ἐκ τῆς παρὰ σοὶ φυομένης πηγῆς ὕδωρ ἕλκειν εἰς τόν ἐμὸν ἀγρόν· παρέσχες μοι τοῦτο. αὕτη ἡ δουλεία λέγεται aquaeductus. d. i. AQUAEDUCTUS *eſt ius aquae ducendae per alienum agrum: veluti, habebas agrum aqua abundantem; et ego in propinquo habebam agrum aqua indigentem: rogavi te, ut mihi liceret ex fonte apud te exoriente aquam ducere in meum agrum; hoc mihi conceſſiſti. Haec ſervitus dicitur aquaeductus.*

Harmenopulus in ſeinem *Προχειρον νομων.* Lib. II. Tit. 4. nr. 117. [49]) ſagt: *και το ἑλκειν ὑδωρ απο πηγης αλλο-*

48) Tom. I. pag. 267. der Reitziſchen Ausgabe.

49) In Supplemento novi Theſauri Meerman. pag. 144.

αλλοτριας, δουλεια εστιν. i. e. ex fonte etiam alieno aquam ducere ſervitus eſt. Es iſt hier noch Folgendes zu bemerken.

1) In der Regel darf das Waſſer nur durch Röhren geleitet werden. Einen Canal von Steinen darf der Berechtigte nur dann anlegen, wenn es bey der Beſtellung dieſer Servitut ausdrücklich ausbedungen und verſtattet worden iſt. Paulus ſagt *L.* 17. §. 1. *D. de aqua et aquae pluviae arc.* Recte placuit, non alias *per lapidem* aquam duci poſſe, niſi hoc in ſervitute conſtituenda comprehenſum ſit. Non enim conſuetudinis eſt, ut qui aquam habeat, *per lapidem ſtratum ducat*; illa autem, quae fere in conſuetudine eſſe ſolent, *ut per fiſtulas aqua ducatur*, etiamſi nihil ſit comprehenſum in ſervitute conſtituenda, fieri poſſunt: ita tamen, ut nullum damnum domino fundi ex his detur.

2) Die Servitus aquaeductus kann conſtituirt werden, wenn gleich noch kein Waſſer auf dem dienſtbaren Grundſtück vorhanden iſt, nämlich auf eine ſolche Art, daß der Berechtigte erſt das Waſſer ſuche, und ſolches, wenn er eine Quelle gefunden hat, in ſein Grundſtück leite. Paulus bemerkt dies ebenfalls *L.* 10. *D. h. t.* wenn er ſagt: *Labeo* ait, talem ſervitutem conſtitui poſſe, *ut aquam quaerere, et inventam ducere liceat.* Nam ſi liceat, nondum aedificato aedificio, ſervitutem conſtituere, quare non aeque liceat, *nondum inventa aqua*, eandem conſtituere ſervitutem? et, ſi ut quaerere liceat, cedere poſſumus, etiam, ut inventa ducatur, cedi poteſt.

3) Wird die Waſſerleitung dem Andern ohne Beſtimmung der Stellen geſtattet, durch welche die Waſſerröhren lau-

laufen, oder der Canal gezogen werden soll, so hat der Berechtigte zwar die Wahl, es findet jedoch, wenn sie einmal geschehen ist, keine Veränderung weiter statt. Es sind hier folgende Gesetzstellen zu bemerken.

L. 21. *D h. t.* wo **Paulus** sagt: Si mihi concesseris *iter aquae* per fundum tuum, non destinata parte, per quam ducerem; *totus fundus tuus serviet.*

Eben so sagt auch **Scävola** *L.* 8. *D. de aqua quotid.* Cui per fundum iter aquae debetur, *quacunque vult*, in eo rivum licet faciat, dum ne aquaeductum interverteret [50]).

Auf jeden Fall muß jedoch zur Anlegung des Canals ein solcher Ort gewählt werden, welcher unbebauet ist, und wo also die Servitut ohne Nachtheil des dienenden Grundstücks ausgeübt werden kann. **Pomponius** gedenkt dieser Modification *L.* 22. *D. h. t.* wo es heißt:

Sed quae loca eius fundi tunc, cum ea fieret cessio, *aedificiis*, *arboribus*, *vineis vacua fuerint*, ea sola eo nomine servient.

Wenn **Paulus** *L.* 26. *D. h. t.* sagt: Si via, iter, actus, *aquaeductus* legetur simpliciter per fundum, *facultas est heredi*, per quam partem fundi velit constituere servitutem; so ist dies eigentlich von einem legato damnationis zu verstehen [51]), und kann, da jetzt der Unterschied der Formeln bey Vermächtnissen aufgehoben ist, nun

50) S. *Greg.* MAJANSIUS ad trig. ICtor. fragmenta Tom. I. pag. 186. sqq.

51) S. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 8.

nur noch in dem Falle angewendet werden, wenn dem Erben die Wahl ausdrücklich gestattet worden ist[52]).

4) Es kann auch mehreren die Wasserleitungsgerechtigkeit an dem nämlichen Orte gegeben werden. Ist das Wasser nun für alle, zum ökonomischen Gebrauche ihrer Grundstücke, hinreichend, so können sie alle das Wasser zu gleicher Zeit und auf gleiche Weise leiten. In dem entgegengesetzten Falle aber ist eine Eintheilung zu machen nöthig. Wenn nun hierauf nicht schon bey der Bestellung der Servitut Rücksicht genommen worden ist; z. E. daß das Wasser nach Jahreszeiten, oder nach Tagen, oder nach Stunden von einem nach dem andern genutzt werden soll; so muß der Richter die Interessenten auseinandersetzen[53]). Es verdienen hier folgende Stellen bemerkt zu werden.

L. 2. §. 1. *D. b. t.* Aquaeductus, et haustus aquae, per eundem locum ut ducatur, *etiam pluribus concedi potest*: potest etiam, ut diversis diebus vel horis ducatur.

L. 2. §. 2. eod. Si aquaeductus vel haustus aquae sufficiens est, *potest et pluribus per eundem locum concedi*, ut et iisdem diebus vel horis ducatur.

L. 2. *D. de aqua quotid. et aestiva.* Si diurnarum aut nocturnarum horarum aquaeductum habeam: *non possum alia hora ducere*, quam qua ius habeam ducendi.

L. 4.

52) Vergleiche oben §. 677. S. 165. folg.

53) Von der Vertheilung der Privatwässerung unter die Interessenten vergleiche man Franz Ludw. von Cancrin Abhandlungen vom Wasserrechte 2. B. 7. Abh. §. 18. S. 150.

L. 4. D. eodem. Lucio Titio ex fonte meo, ut aquam duceret, ceſſi: Quaeſitum eſt, an et Maevio cedere poſſim, ut per eundem aquaeductum aquam ducat? Et, ſi putaveris poſſe cedi per eundem aquaeductum duobus: quemadmodum debeant? Reſpondit: Sicut iter, actus, via pluribus cedi vel ſimul, vel ſeparatim poteſt, ita aquae ducendae ius recte cedetur. Sed *ſi inter eos, quibus aqua ceſſa eſt, non convenit, quemadmodum utantur: non erit iniquum, utile iudicium reddi,* ſicut eos, ad quos uſusfructus pertinet, utile communi dividundo iudicium reddi, plerisque placuit.

L. 5. D. eod. Cum conſtet, non ſolum temporibus, ſed etiam menſuris [54]) poſſe aquam dividi: poteſt eodem tempore alius quotidianam, alius aeſtivam aquam ducere: ita ut aeſtate inter eos dividatur aqua, hieme ſolus ducat is, qui quotidianae ius habeat. Endlich iſt noch

5) zu bemerken, daß auch bey der Servitus *aquaeductus* ſo wenig, als bey einer andern, eine Ausdehnung weder über die Gränzen des herrſchenden, noch dienſtbaren Grundſtücks Statt finde, ſondern vielmehr ſtreng auf die Art der Conceſſion und auf die bisherige Obſervanz geſehen werden müſſe. Hierher gehören folgende Stellen.

L. 12. C. de Servitutibus. Non modus praediorum, ſed ſervitus aquae ducendae terminum facit. d. i. nicht die Größe des Grundſtücks, und deſſen nachherige Erwei-

54) Von den verſchiedenen Arten des Waſſermaaßes, *digitus* und *uncia*, bey den Römern ſehe man *Petr. Weſſeling* Obſervation. variar. Lib. II. cap. 27.

nur noch in dem Falle angewendet werden, wenn dem Erben die Wahl ausdrücklich gestattet worden ist[52]).

4) Es kann auch mehreren die Wasserleitungsgerechtigkeit an dem nämlichen Orte gegeben werden. Ist das Wasser nun für alle, zum ökonomischen Gebrauche ihrer Grundstücke, hinreichend, so können sie alle das Wasser zu gleicher Zeit und auf gleiche Weise leiten. In dem entgegengesetzten Falle aber ist eine Eintheilung zu machen nöthig. Wenn nun hierauf nicht schon bey der Bestellung der Servitut Rücksicht genommen worden ist; z. E. daß das Wasser nach Jahreszeiten, oder nach Tagen, oder nach Stunden von einem nach dem andern genutzt werden soll; so muß der Richter die Interessenten auseinandersetzen[53]). Es verdienen hier folgende Stellen bemerkt zu werden.

L. 2. §. 1. *D. b. t.* Aquaeductus, et haustus aquae, per eundem locum ut ducatur, *etiam pluribus concedi potest*: potest etiam, ut diversis diebus vel horis ducatur.

L. 2. §. 2. eod. Si aquaeductus vel haustus aquae sufficiens est, *potest et pluribus per eundem locum concedi*, ut et iisdem diebus vel horis ducatur.

L. 2. *D. de aqua quotid. et aestiva.* Si diurnarum aut nocturnarum horarum aquaeductum habeam: *non possum alia hora ducere*, quam qua ius habeam ducendi.

L. 4.

52) Vergleiche oben §. 677. S. 165. folg.

53) Von der Vertheilung der Privatwässerung unter die Interessenten vergleiche man Franz Ludw. von Cancrin Abhandlungen vom Wasserrechte 2. B. 7. Abh. §. 18. S. 150.

L. 4. D. eodem. Lucio Titio ex fonte meo, ut aquam duceret, ceſſi: Quaeſitum eſt, an et Maevio cedere poſſim, ut per eundem aquaeductum aquam ducat? Et, ſi putaveris poſſe cedi per eundem aquaeductum duobus: quemadmodum debeant? Reſpondit: Sicut iter, actus, via pluribus cedi vel ſimul, vel ſeparatim poteſt, ita aquae ducendae ius recte cedetur. Sed *ſi inter eos, quibus aqua ceſſa eſt, non convenit, quemadmodum utantur: non erit iniquum, utile iudicium reddi,* ſicut eos, ad quos uſusfructus pertinet, utile communi dividundo iudicium reddi, plerisque placuit.

L. 5. D. eod. Cum conſtet, non ſolum temporibus, ſed etiam menſuris [54]) poſſe aquam dividi: poteſt eodem tempore alius quotidianam, alius aeſtivam aquam ducere: ita ut aeſtate inter eos dividatur aqua, hieme ſolus ducat is, qui quotidianae ius habeat. Endlich iſt noch

5) zu bemerken, daß auch bey der Servitus *aquaeductus* ſo wenig, als bey einer andern, eine Ausdehnung weder über die Gränzen des herrſchenden, noch dienſtbaren Grundſtücks Statt finde, ſondern vielmehr ſtreng auf die Art der Conceſſion und auf die bisherige Obſervanz geſehen werden müſſe. Hierher gehören folgende Stellen.

L. 12. C. de Servitutibus. Non modus praediorum, ſed ſervitus aquae ducendae terminum facit. d. i. nicht die Größe des Grundſtücks, und deſſen nachherige Erwei-

54) Von den verſchiedenen Arten des Waſſermaaßes, *digitus* und *uncia*, bey den Römern ſehe man *Petr. Weſſeling* Obſervation. variar. Lib. II. cap. 27.

nur noch in dem Falle angewendet werden, wenn dem Erben die Wahl ausdrücklich gestattet worden ist[52]).

4) Es kann auch mehreren die Wasserleitungsgerechtigkeit an dem nämlichen Orte gegeben werden. Ist das Wasser nun für alle, zum ökonomischen Gebrauche ihrer Grundstücke, hinreichend, so können sie alle das Wasser zu gleicher Zeit und auf gleiche Weise leiten. In dem entgegengesetzten Falle aber ist eine Eintheilung zu machen nöthig. Wenn nun hierauf nicht schon bey der Bestellung der Servitut Rücksicht genommen worden ist; z. E. daß das Wasser nach Jahreszeiten, oder nach Tagen, oder nach Stunden von einem nach dem andern genutzt werden soll; so muß der Richter die Interessenten auseinandersetzen[53]). Es verdienen hier folgende Stellen bemerkt zu werden.

L. 2. §. 1. *D. b. t.* Aquaeductus, et haustus aquae, per eundem locum ut ducatur, *etiam pluribus concedi potest*: potest etiam, ut diversis diebus vel horis ducatur.

L. 2. §. 2. eod. Si aquaeductus vel haustus aquae sufficiens est, *potest et pluribus per eundem locum concedi*, ut et iisdem diebus vel horis ducatur.

L. 2. *D. de aqua quotid. et aestiva.* Si diurnarum aut nocturnarum horarum aquaeductum habeam: *non possum alia hora ducere*, quam qua ius habeam ducendi.

L. 4.

52) Vergleiche oben §. 677. S. 165. folg.

53) Von der Vertheilung der Privatwässerung unter die Interessenten vergleiche man Franz Ludw. von Cancrin Abhandlungen vom Wasserrechte 2. B. 7. Abh. §. 18. S. 150.

L. 4. D. eodem. Lucio Titio ex fonte meo, ut aquam duceret, ceſſi: Quaeſitum eſt, an et Maevio cedere poſſim, ut per eundem aquaeductum aquam ducat? Et, ſi putaveris poſſe cedi per eundem aquaeductum duobus: quemadmodum debeant? Reſpondit: Sicut iter, actus, via pluribus cedi vel ſimul, vel ſeparatim poteſt, ita aquae ducendae ius recte cedetur. Sed *ſi inter eos, quibus aqua ceſſa eſt, non convenit, quemadmodum utantur: non erit iniquum, utile iudicium reddi,* ſicut eos, ad quos uſusfructus pertinet, utile communi dividundo iudicium reddi, plerisque placuit.

L. 5. D. eod. Cum conſtet, non ſolum temporibus, ſed etiam menſuris [54]) poſſe aquam dividi: poteſt eodem tempore alius quotidianam, alius aeſtivam aquam ducere: ita ut aeſtate inter eos dividatur aqua, hieme ſolus ducat is, qui quotidianae ius habeat. Endlich iſt noch

5) zu bemerken, daß auch bey der Servitus *aquaeductus* ſo wenig, als bey einer andern, eine Ausdehnung weder über die Gränzen des herrſchenden, noch dienſtbaren Grundſtücks Statt finde, ſondern vielmehr ſtreng auf die Art der Conceſſion und auf die bisherige Obſervanz geſehen werden müſſe. Hierher gehören folgende Stellen.

L. 12. C. de Servitutibus. Non modus praediorum, ſed ſervitus aquae ducendae terminum facit. d. i. nicht die Größe des Grundſtücks, und deſſen nachherige Erwei-

54) Von den verſchiedenen Arten des Waſſermaaßes, *digitus* und *uncia*, bey den Römern ſehe man *Petr. Weſſeling* Obſervation. variar. Lib. II. cap. 27.

nur noch in dem Falle angewendet werden, wenn dem Erben die Wahl ausdrücklich gestattet worden ist[52]).

4) Es kann auch mehreren die Wasserleitungsgerechtigkeit an dem nämlichen Orte gegeben werden. Ist das Wasser nun für alle, zum ökonomischen Gebrauche ihrer Grundstücke, hinreichend, so können sie alle das Wasser zu gleicher Zeit und auf gleiche Weise leiten. In dem entgegengesetzten Falle aber ist eine Eintheilung zu machen nöthig. Wenn nun hierauf nicht schon bey der Bestellung der Servitut Rücksicht genommen worden ist; z. E. daß das Wasser nach Jahreszeiten, oder nach Tagen, oder nach Stunden von einem nach dem andern genutzt werden soll; so muß der Richter die Interessenten auseinandersetzen[53]). Es verdienen hier folgende Stellen bemerkt zu werden.

L. 2. §. 1. *D. b. t.* Aquaeductus, et haustus aquae, per eundem locum ut ducatur, *etiam pluribus concedi potest*: potest etiam, ut diversis diebus vel horis ducatur.

L. 2. §. 2. eod. Si aquaeductus vel haustus aquae sufficiens est, *potest et pluribus per eundem locum concedi*, ut et iisdem diebus vel horis ducatur.

L. 2. *D. de aqua quotid. et aestiva.* Si diurnarum aut nocturnarum horarum aquaeductum habeam: *non possum alia hora ducere*, quam qua ius habeam ducendi.

L. 4.

52) Vergleiche oben §. 677. S. 165. folg.

53) Von der Vertheilung der Privatwässerung unter die Interessenten vergleiche man Franz Ludw. von Cancrin Abhandlungen vom Wasserrechte 2. B. 7. Abh. §. 18. S. 150.

L. 4. D. eodem. Lucio Titio ex fonte meo, ut aquam duceret, ceſſi: Quaeſitum eſt, an et Maevio cedere poſſim, ut per eundem aquaeductum aquam ducat? Et, ſi putaveris poſſe cedi per eundem aquaeductum duobus: quemadmodum debeant? Reſpondit: Sicut iter, actus, via pluribus cedi vel ſimul, vel ſeparatim poteſt, ita aquae ducendae ius recte cedetur. Sed *ſi inter eos, quibus aqua ceſſa eſt, non convenit, quemadmodum utantur: non erit iniquum, utile iudicium reddi,* ſicut eos, ad quos uſusfructus pertinet, utile communi dividundo iudicium reddi, plerisque placuit.

L. 5. D. eod. Cum conſtet, non ſolum temporibus, ſed etiam menſuris [54]) poſſe aquam dividi: poteſt eodem tempore alius quotidianam, alius aeſtivam aquam ducere: ita ut aeſtate inter eos dividatur aqua, hieme ſolus ducat is, qui quotidianae ius habeat. Endlich iſt noch

5) zu bemerken, daß auch bey der Servitus *aquaeductus* ſo wenig, als bey einer andern, eine Ausdehnung weder über die Gränzen des herrſchenden, noch dienſtbaren Grundſtücks Statt finde, ſondern vielmehr ſtreng auf die Art der Conceſſion und auf die bisherige Obſervanz geſehen werden müſſe. Hierher gehören folgende Stellen.

L. 12. C. de Servitutibus. Non modus praediorum, ſed ſervitus aquae ducendae terminum facit. d. i. nicht die Größe des Grundſtücks, und deſſen nachherige Erwei-

54) Von den verſchiedenen Arten des Waſſermaaßes, *digitus* und *uncia*, bey den Römern ſehe man *Petr. Weſſeling* Obſervation. variar. Lib. II. cap. 27.

nur noch in dem Falle angewendet werden, wenn dem Erben die Wahl ausdrücklich gestattet worden ist[52]).

4) Es kann auch mehreren die Wasserleitungsgerechtigkeit an dem nämlichen Orte gegeben werden. Ist das Wasser nun für alle, zum ökonomischen Gebrauche ihrer Grundstücke, hinreichend, so können sie alle das Wasser zu gleicher Zeit und auf gleiche Weise leiten. In dem entgegengesetzten Falle aber ist eine Eintheilung zu machen nöthig. Wenn nun hierauf nicht schon bey der Bestellung der Servitut Rücksicht genommen worden ist; z. E. daß das Wasser nach Jahreszeiten, oder nach Tagen, oder nach Stunden von einem nach dem andern genutzt werden soll; so muß der Richter die Interessenten auseinandersetzen[53]). Es verdienen hier folgende Stellen bemerkt zu werden.

L. 2. §. 1. *D. b. t.* Aquaeductus, et haustus aquae, per eundem locum ut ducatur, *etiam pluribus concedi potest*: potest etiam, ut diversis diebus vel horis ducatur.

L. 2. §. 2. eod. Si aquaeductus vel haustus aquae sufficiens est, *potest et pluribus per eundem locum concedi*, ut et iisdem diebus vel horis ducatur.

L. 2. *D. de aqua quotid. et aestiva.* Si diurnarum aut nocturnarum horarum aquaeductum habeam: *non possum alia hora ducere*, quam qua ius habeam ducendi.

L. 4.

52) Vergleiche oben §. 677. S. 165. folg.

53) Von der Vertheilung der Privatwässerung unter die Interessenten vergleiche man Franz Ludw. von Cancrin Abhandlungen vom Wasserrechte 2. B. 7. Abh. §. 18. S. 150.

L. 4. D. eodem. Lucio Titio ex fonte meo, ut aquam duceret, ceſſi: Quaeſitum eſt, an et Maevio cedere poſſim, ut per eundem aquaeductum aquam ducat? Et, ſi putaveris poſſe cedi per eundem aquaeductum duobus: quemadmodum debeant? Reſpondit: Sicut iter, actus, via pluribus cedi vel ſimul, vel ſeparatim poteſt, ita aquae ducendae ius recte cedetur. Sed *ſi inter eos, quibus aqua ceſſa eſt, non convenit, quemadmodum utantur: non erit iniquum, utile iudicium reddi,* ſicut eos, ad quos uſusfructus pertinet, utile communi dividundo iudicium reddi, plerisque placuit.

L. 5. D. eod. Cum conſtet, non ſolum temporibus, ſed etiam menſuris [54]) poſſe aquam dividi: poteſt eodem tempore alius quotidianam, alius aeſtivam aquam ducere: ita ut aeſtate inter eos dividatur aqua, hieme ſolus ducat is, qui quotidianae ius habeat. Endlich iſt noch

5) zu bemerken, daß auch bey der Servitus *aquaeductus* ſo wenig, als bey einer andern, eine Ausdehnung weder über die Gränzen des herrſchenden, noch dienſtbaren Grundſtücks Statt finde, ſondern vielmehr ſtreng auf die Art der Conceſſion und auf die bisherige Obſervanz geſehen werden müſſe. Hierher gehören folgende Stellen.

L. 12. C. de Servitutibus. Non modus praediorum, ſed ſervitus aquae ducendae terminum facit. d. i. nicht die Größe des Grundſtücks, und deſſen nachherige Erwei-

54) Von den verſchiedenen Arten des Waſſermaaßes, *digitus* und *uncia*, bey den Römern ſehe man *Petr. Weſſeling* Obſervation. variar. Lib. II. cap. 27.

terung kommt hier in Betrachtung, sondern die Concession der Servitut allein bestimmt die Gränzen bey der Ausübung derselben[55]). In den Basiliken[56]) wird diese Stelle auf eben die Art erklärt: Οὐκ ὀφείλει πλέον μέρος τοῦ ὕδατος λαβεῖν, ἀλλὰ πρὸς τὴν γενομένην παραχώρησιν, οὕτως ὀφείλομεν ἕλκειν τὸ ὕδωρ. i. e. *Maior modus aquae non debet accipi, sed quatenus facta est cessio, eatenus aquam ducere debemus.*

L. 3. §. 2. *D. de aqua quotid.* Si aquam flumine publico duxeris, et flumen recesserit: non potes subsequi flumen: quia ei loco servitus imposita non sit, quamvis is locus meus sit. Sed si alluvione paulatim accesserit fundo tuo, subsequi potes: quia locus totus fluminis serviat ductioni. Sed si circumfluere coeperit mutato alveo, non potes: quia medius locus non serviat, interruptaque sit servitus. Hier ist von dem Falle die Rede, da Jemand das Wasser aus einem öffentlichen Flusse, welches jedem freysteht[57]), bisher durch mein an dem Flusse liegendes Grundstück, vermöge einer ihm deshalb verstatteten Servitut, in das seinige geleitet hatte. Ver-

55) S. WISSENBACH Commentar. ad dict. L. 12. C. pag. 196.

56) Tom. VI. Lib. LVIII. Tit. 7. Const. 12. pag. 775.

57) *L.* 2. *D. de flumin.* Quominus *ex publico flumine ducatur aqua*, nihil impedit, nisi Imperator, aut Senatus vetet: si modo ea aqua in usu publico non erit. Sed si aut navigabile est, aut ex eo aliud navigabile fit, non permittitur id facere. Und *L.* 3. §. 1. *D. de aqua quotid.* heißt es: Ex flumine aquam ducere plures possunt: ita tamen, ut vicinis non noceant: vel si angustus amnis sit (oder vielmehr *angustus amnis fiat*) etiam ei, qui in alia ripa sit.

Verläßt der Fluß sein Bette, so kann er dem Fluß nicht nachfolgen, und seine Wasserröhren nun durch den ausgedrockneten Grund bis an das neue Flußbette ausdehnen, wenn gleich der ausgedrocknete alveus nach bekannten Grundsätzen [58]), wegen der Angränzung an mein Grundstück, mein Eigenthum geworden ist; weil auf diesen die meinem Grundstück aufgelegte Dienstbarkeit nicht erstreckt werden kann [59]).

L. 7. *Cod. de Servitut. et aqua.* Si manifeste doceri possit, ius aquae *ex vetere more atque observatione* per certa loca profluentis utilitatem certis fundis irrigandi causa exhibere: Procurator noster, ne quid *contra veterem formam atque solemnem morem* innovetur, providebit.

II. Kann die Servitut des aquaeductus auch darin bestehen, wenn man befugt ist, das Wasser aus seinem Grundstück durch des Nachbars Grund und Boden abzuleiten. Z. B. wenn meine Wiese sumpfigt ist, und ich bin befugt, einen Abzugsgraben durch meines Nachbars Grundstück zu führen. Man könnte diese Dienstbarkeit auch *Servitus aquae educendae* nennen. Wir haben hierüber folgende Stelle in dem Röm. Gesetzbuche.

L. 29. *D. h. t.* wo **Paulus** sagt: Qui duo praedia confinia habuerat, superiorem fundum vendiderat. In

 lege

58) §. 23. *I. de rer. divis.* *L.* 7. §. 5. *D. de acquir. rer. dom.* Daß hierauf die Worte: *quamvis is locus* (sc. quem flumen recedendo siccum reliquit) *meus sit*, sich beziehen, hat auch POTHIER in Pandect. Iustin. T. I. Lib. VIII. Tit. 1. nr. XII. not. d. et e. bemerkt.

59) S. WESTPHAL de lib. et servit. praed. §. 176. not. 146.

lege ita dixerat: *ut aquam, ſulco aperto, emtori educere in fundum inferiorem recte liceat.* Si emtor ex alio fundo aquam acciperet, et eam in inferiorem ducere vellet, quaeſitum eſt, an poſſit id ſuo iure facere, nec ne? Reſpondi, nihil amplius, *quam quod ipſius fundi ſiccandi cauſa derivaret*, vicinum inferiorem recipere debere.

VI. *Servitus aquae haustus.* Dieſe beſteht in dem Rechte, vermöge deſſen Jemand das zum Nutzen ſeines Grundſtücks erforderliche Waſſer aus eines Andern Brunnen oder Quelle oder Bache zu ſchöpfen befugt iſt [60]). **Pomponius** begnügt ſich *L.* 20. §. 3. *D. h. t.* bloß zu bemerken: *Hauriendi ius* non hominis, ſed praedii eſſe [61]). **Theophilus** hingegen beſchreibt dieſe Servitut in ſeiner griechiſchen Paraphraſe [62]) auf folgende Art: οἷον ὥστε μοι ἐξεῖναι διέρχεσθαι ἐν τῷ σῷ ἀγρῷ, καὶ ἀπὸ τῆς ἔσης παρὰ σοὶ πηγῆς ὕδωρ ἀντλεῖν. i. e. *veluti ut mihi liceat tranſire per tuum agrum, et ex fonte, qui apud te eſt, aquam haurire.* Sie ſchließt alſo, wie hier **Theophilus** deutlich zu erkennen giebt, ſchon ihrer Natur nach die *Servitus itineris*, den Zugang zum Schöpfplatze in ſich. Eben dies ſagt auch **Ulpian** *L.* 3. §. 3. *D. h. t.* ausdrücklich, wo es heißt: Qui habet hauſtum, *iter quoque habere videtur ad hauriendum.* Hiermit ſtimmt ferner **Marcellus** überein

60) *Car. Frid.* WALCH Diſſ. de aquae hauriendae ſervitute. *Ienae 1754.*

61) Wird das Recht, aus eines Andern Brunnen Waſſer zu ſchöpfen, als eine perſönliche Servitut eingeräumt, ſo heißt dies *Uſus aquae. L. 37. D. h. t. L. 21. D. de Uſu et habit.*

62) Ad §. 2. I. de Servitut. Tom. I. pag. 269. der Reitziſchen Ausgabe.

überein, wenn er *L.* 10. *D. de ſervitut. praedior. urban.* ſagt: Uſufructu loci legato, etiam acceſſus dandus eſt, quia, et *hauſtu relicto, iter quoque ad hauriendum praeſtaretur.* Wenn Juſtinian §. 2. *I. de Servitut praed.* ſagt: Inter ruſticorum praediorum ſervitutes *quidam* computari recte putant aquae hauſtum; ſo ſcheint es, daß die Römiſchen Rechtsgelehrten darüber nicht ganz einverſtanden geweſen ſind, ob die Waſſerſchöpfungsgerechtigkeit zu den ſervitutibus ruſticis, oder urbanis zu rechnen ſey. Gerhard Noodt[63]) vermuthet, der Grund, warum man ſie zu den erſtern zu rechnen, Bedenken getragen habe, ſey vielleicht geweſen, weil man geglaubt habe, ſie gehöre nicht eigentlich zum Ackerbau. Dem ſey indeſſen, wie ihm wolle, ſo zweifelten wenigſtens Ulpian[64]) und Neratius[65]) nicht, den aquaehauſtus unter die ſervitutes ruſticas zu zählen, deren Meinung auch Juſtinian beſtätiget hat[66]). Walch[67]) ſucht dies noch beſonders durch die

63) Commentar. ad Dig. h. t. §. *Tenes* (*Operum* Tom. II. pag. 217.)

64) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

65) *L.* 2. §. 1. *D. eod.*

66) In der griechiſchen Pharaphraſe des Theophilus ad §. 2. I. de Servitut. iſt der Sinn des Kaiſers nicht ganz richtig gefaßt, wenn es daſelbſt heißt: Ἐν ταῖς δελείας τῶν ἀγρῶν φάσι τίνες, συναριθμεῖσθαι δικαίως *aquaehauſtum*: i. e. *In ſervitutibus ruris, dicunt nonnulli, merito connumerari aquaehauſtum.* Denn die Partikel *recte* in dem Text der Inſtitutionen, welche hier auf die Rechtsgelehrten gezogen wird, geht offenbar auf den Kaiſer. Denn ſonſt wäre ja blos die Meinung einiger Rechtsgelehrten angeführt, ohne darüber zu entſcheiden.

67) Diſſ. cit. de aquae haur. ſervitute. §. 4.

Bemerkung zu unterstützen, daß in Rom ein solcher Ueberfluß am Wasser, und eine solche Menge von Brunnen gewesen sey, daß Niemand nöthig gehabt habe, sich deshalb eine Servitut bestellen zu lassen. Daß indessen der aquae-haustus doch auch eben so gut, als eine servitus urbana habe constituirt werden können, wie der aquaeductus [68]), läßt sich wohl nicht bezweifeln; denn beyde Servituten haben überhaupt viel mit einander gemein.

Noch ist zu bemerken, daß eine Wasserschöpfgerechtigkeit auch auf den zu einer Wasserleitung angelegten offenen Wassergängen Statt haben könne, wie aus *L.* 2. *D. de rivis* zu ersehen ist, wo Paulus sagt: *Labeo* non posse ait *ex aperto rivo* terrenum fieri: quia commodum domino soli auferetur appellendi pecus, vel *hauriendi aquam.* Quod sibi non placere, *Pomponius* ait: quia id domino magis ex occasione, quam ex iure contingere; *nisi si ab initio in imponenda servitute id actum esset* [69]).

VII. *Pecoris ad aquam adpulsus* besteht in dem Rechte, das Vieh, welches man auf seinem Grundstück nöthig hat, auf eines Andern Grundstück zur Tränke zu treiben [70]). Papinian sagt *L.* 4. *D. h. t.* Pecoris ad aquam appellendi servitus, si praedii fructus maxime in pecore consistat, *praedii* magis, quam personae

68) *L.* 11. §. 1. *D. de public. in rem act.* S. NOODT Comm. ad Pand. h. t. pag. 219. sq.

69) Man sehe über diese Stelle WESTPHAL de lib. et servit. praedior. §. 543. not. 490.

70) S. CAEPOLLA de Servitutib. Tract. II. Cap. 8.

ſonae videtur; und **Ulpian** *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* ſo wie **Juſtinian** § 2. *I. de ſervitut. praed.* zählen die Servitut der Viehtränke ausdrücklich unter die ſervitutes ruſticas. Sie begreifft jederzeit die ſervitutem actus in ſich, und kann auch, wie die Weidegerechtigkeit, mit dem *iure tugurium habendi in fundo ſerviente* verbunden ſeyn, um allenfalls bey rauher Witterung einen Zufluchtsort zu haben, wie **Paulus** bemerkt, wenn er *L.* 6. *in fin. D. h. t.* ſagt: *Maecianus* probat, et talem ſervitutem conſtitui poſſe, *ut tugurium*[71]) *mihi habere liceret in tuo*: ſcilicet, ſi habeam paſcui ſervitutem, aut *pecoris appellendi;* ut, ſi hiems ingruerit, habeam, quo me recipiam. Der Berechtigte darf übrigens nicht mehr Vieh zur Tränke treiben, als ihm geſtattet iſt. Jedoch zieht eine Ueberſchreitung der Gränzen nicht gerade den Verluſt der Servitut nach ſich, wie **Trebatius** behauptete, deſſen Meinung **Marcellus** mit Recht widerlegt, wie aus einer Stelle aus **Ulpian** zu erſehen iſt, welcher *L.* 1. §. 18. *D. de aqua quotid.* ſagt: *Trebatius:* cum amplior numerus pecoris ad aquam appelletur, quam debet appelli: poſſe univerſum pecus impune prohiberi: quia iunctum pecus ei pecori, cui adpulſus debeatur, totum corrumpat pecoris adpulſum. *Marcellus* autem ait, ſi quis ius habens

71) *Tugurii* appellatione, ſagt **Pomponius** *L. 180. D. de Verb. Signif.* omne aedificium, quod ruſticae magis cuſtodiae convenit, quam urbanis aedibus, ſignificatur. Allein eigentlich heißt *Tugurium* eine bewegliche Hütte, dergleichen ſich theils die Hirten, theils diejenigen, welche Feldfrüchte hüten, zum Schutz gegen die üble Witterung oder gegen die Hitze der Sonne bedienen. **VARRO** *de re ruſtica* Lib. II. cap. 17. und **ISIDORUS** Lib. XIV. *Origin.* cap. 12.

habens pecoris ad aquam appellendi, plura pecora adpulserit: non in omnibus pecoribus eum prohibendum: quod est verum; quia pecora separari possunt.

§. 683.

Noch einige andere servitutes rusticae, deren in den Gesetzen hin und wieder Erwähnung geschieht.

Außer den angeführten Servituten kommen noch verschiedene andere in den Gesetzen des Röm. Rechts, als servitutes rusticae, vor, welche wir noch kürzlich bemerken wollen. Dahin gehören: *ius cretae eximendae*, *calcis coquendae*, *lapidis eximendi*, et *arenae fodiendae* in fundo alieno, aedificandi eius gratia, quod in fundo nostro est; item *ius ex silva vicini pedamenta sumendi* ad vineam nostram necessaria. Item *ius fructus in vicini villa cogendi*, *coactosque ibi habendi*; deren *L.* 1. §. 1. *L.* 5. §. 1. et *L.* 6. §. 1. *D. h. t.* Erwähnung geschieht, und deren Natur sich schon aus dem Wortverstande von selbst ergiebt. Zuweilen kann, wie **Ulpian** *L.* 13. §. 1. *D. Commun. praedior.* bemerkt, durch das Herkommen die Freiheit, auf einem fremden Grund und Boden, gegen Erlegung des hergebrachten Bruchgeldes[72]), Steine zu brechen, eingeführt seyn. Auch in diesem Falle muß jedoch der Steinbruch so ausgeübt werden, daß die Grube nicht darunter leide,

72) Statt *Solatium*, wie die Florentine hat, ist vielmehr nach der Vulgata *Solarium* zu lesen. *Solarium* wird also hier, wie DUCKER in Opuscul. de Latinitate veter. ICtorum pag. 418. sagt, pro pecunia genommen, quae secundum consuetudinem loci pendenda est domino, e cuius lapidicinis, quae in ipsius agro privato sunt, alius lapides vult caedere.

leide, und dem Eigenthümer selbst der nöthige Gebrauch der Steine nicht entzogen werde. Wenn der Steinbruch meines Nachbars sehr nahe an mein Grundstück gränzt, so kann ich demselben, wenn es ihm am Platz fehlt, das Recht verstatten, die gebrochenen Steine auf mein Grundstück zu wälzen, und dort lagern zu lassen. Dieser Servitut gedenkt ebenfalls **Ulpian** *L.* 3. §. 2. *D. h. t.*

Einige Rechtsgelehrten[73]) wollen auch noch eine sogenannte *Servitus thynnaria* in der *L.* 13. *pr. D. Commun. praed.* entdeckt haben, welche in dem Rechte bestehen soll, meinem Nachbar zu verbieten, daß er nicht an der Küste der See die Fischerey treibe, sondern mir solche zum Nutzen meines Grundstücks allein überlasse. Sie nennen sie auch *Servitutem non piscandi*, und legen ihr die anomalische Eigenschaft bey, daß sie nicht auf dem dienenden praedio selbst ausgeübt werde, sondern zum Vortheil des herrschenden Grundstücks den Eigenthümer des dienenden nur zur Unterlassung einer Handlung verpflichte, welche sonst jedem erlaubt ist. Allein diese vermeintliche Servitut weicht viel zu sehr von der bekannten Natur einer negativen Dienstbarkeit ab, als daß es dem großen **Ulpian** hätte einfallen können, eine solche Servitut im Ernst zu behaupten. Eine nähere Betrachtung der Worte der *L.* 13. wird uns hiervon überzeugen, welche folgendergestalt lauten. Venditor fundi Geroniani fundo Botrojano, quem retinebat, legem dederat, ne contra eum piscatio thynnaria exerceatur, *quamvis mari, quod natura omnibus patet,* ser-

73) *Ant.* FABER Rational. ad Pandect. h. L. WESTPHAL de Servitut. praed. §. 619. not. 549. pag. 402. und Münter von Servituten 1. Th. §. 64.

ſervitus imponi privata lege non poteſt: quia tamen bona fides *contractus legem* ſervari venditionis expoſcit: *perſonae poſſidentium*, aut *in ius eorum ſuccedentium*, per ſtipulationis vel venditionis legem *obligantur*. Offenbar iſt hier nur von einer perſönlichen Verpflichtung des Käufers und ſeiner Erben, aber von keiner Servitut die Rede, wie Cujaz[74]), Cäpolla[75]) und Pothier[76]) auch ſchon längſt gezeigt haben. Wie konnte auch eine Servitut conſtituirt werden, die den dritten Beſitzer des verkauften Grundſtücks hätte verbinden können, Etwas auf einer res communis zu unterlaſſen, was jedem Menſchen die natürliche Freyheit erlaubte? Das Geſetz ſagt es ja deutlich genug, *mari, quod natura omnibus patet, ſervitus imponi privata lege non poteſt.* Die Worte: *aut in ius eorum ſuccedentium* können daher unmöglich auf ſucceſſores ſingulares ſich beziehen, weil es eine bekannte Wahrheit iſt, daß ein Dritter aus dem Vertrage eines Dritten nicht verpflichtet wird[77]). Ich füge hier nur noch zur Erläuterung dieſer Stelle hinzu, daß der Ausdruck *Thynni* alle größere Arten der Seefiſche bezeichnete; die hierauf gehende Fiſcherey hieß daher *piſcatio thynnaria*, oder *cetaria*, und diejenigen, welche dieſelbe trieben, wurden *cetarii* oder θυνοσκοποι genennt[78]).

Daß

74) Obſervation. Lib. XXIV. cap. 22.

75) Tractat. de Servitutib. praedior. Tract. II. Cap. 26. nr. 1. pag. 421.

76) Pandect. Iuſtin. T. I. Lib. VIII. Tit. 1. Nr. XXXIV.

77) *L. 3. pr. D. de obligat. et act. L. 81. §. 1. D. de contrab. emt. vendit.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 12. und KIND Quaeſt. for. Tom. III. cap. 41.

78) S. CUJACIUS Lib. XXIV. Obſervat. cap. 22.

Daß es heut zu Tage noch manche andere Arten von servitutibus rusticis geben könne, leidet keinen Zweifel. Man denke sich z. B. das Recht, in eines andern Walde die Jagd, oder Mastung auszuüben. Bekannt sind ferner die Holzungsgerechtigkeiten[79]) u. a. m.

79) S. Hagemann's Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 152. u. 153. Ob das Beholzungsrecht auch das Rohrschneiden unter sich begreife, ist streitig. LEYSER in Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CVII. med. 8. behauptet es. Allein das Gegentheil hat *Mich. God.* WERNHER in Lectissim. Commentat. in Pandect. h. t. §. 10. pag. 355. sq. gezeigt.

Lib. VIII. Tit. IV.

Communia praediorum urbanorum et rusticorum.

§. 684.

Die servitutes urbanae und rusticae haben

1) gleiche Entstehungsarten; sie haben

2) die essentialia und naturalia servitutum praedialium mit einander gemein [80]); sie haben

3) gemeinschaftliche Klagen, und

4) gleiche modos amittendi.

Die beiden ersten Puncte sind in den vorigen Titeln bereits erlediget, die beiden letztern hingegen werden in dem 5. und 6. Titel erklärt werden.

80) VOET in Commentar. ad Pandect. h. t. hat dies alles recapitulirt, wer es nochmals zu wissen verlangt.

Lib. VIII. Tit. V.

Si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur.

§. 685.

Uebersicht der Klagen wegen der Real-Servituten.

Die Klagen und Rechtsmittel, von denen in diesem Titel der Pandecten gehandelt wird, beziehen sich blos auf die dinglichen Servituten [81]). Denn die wegen der persönlichen Dienstbarkeiten statt habenden sowohl petitorischen als possessorischen Klagen sind oben Lib. VII. Tit. 6. erklärt worden. Daher sagt **Ulpian** *L.* 1. *D. h. t.* Actiones de servitutibus rusticis, sive urbanis eorum sunt, quorum sunt praedia; und *L.* 2. *eod.* heißt es weiter: De servitutibus in rem actiones competunt nobis (*ad exemplum earum, quae ad usumfructum pertinent*) tam confessoria, quam negatoria. Um nun die hierher gehörigen Klagen deutlich übersehen zu können, sind folgende Fälle zu unterscheiden. Der Streit kann

I. die

81) S. WESTPHAL de lib. et servitut. praed. Sect. III. Cap. 32. et 33. *Ant.* FABRI Conjecturar. iuris civ. Lib. XX. Cap. 13. Schmidts pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 459. ff. und Ernst Gottf. Schmidts theor. pract. Commentar über dieses Lehrbuch 2. Bd. §. 459.

I. die Bestellung einer Dienstbarkeit betreffen. Hier findet nur eine persönliche Klage Statt. Diese kann entweder

1) eine *actio ex contractu* seyn, wenn mir Jemand mittelst eines Vertrags ein Servitutrecht zu constituiren versprochen hat, allein sein Versprechen durch eine Quasitradition zu vollziehen sich weigert. Z. B. actio emti. Diese Klage kann gegen den dritten Besitzer nicht angestellt werden, wenn der Promittent das Grundstück, worauf er mir eine Servitut versprochen hat, noch vor deren Bestellung veräußert haben sollte; sondern ich kann in einem solchen Falle blos gegen den Promittenten auf Leistung des Interesse klagen.

2) Die *actio personalis ex testamento*, wenn ich eine mir legirte Sache anders nicht gebrauchen kann, als wenn mir der Erbe eine Servitut constituirt, oder mir solche auf eines Andern Grundstück verschafft.

3) Eine *actio extraordinaria*, oder *imploratio officii iudicis*, wenn ein solcher Fall vorhanden ist, wo eine Servitut auch gegen den Willen des Eigenthümers durch die Sentenz des Richters constituirt werden kann [82]).

II. Der Streit betrifft eine schon vorhanden seyn sollende Dienstbarkeit, und dann wird entweder

A) bloß über den Besitz gestritten. Hier muß man sich eines Interdicts bedienen. Dergleichen possessorische Klagen sind theils

1) die

82) Man vergleiche des 9. Theils 1. Abth. §. 628.

1) die allgemeinen possessorischen Rechtsmittel, z. B. das *Interdictum uti possidetis utile* [83]). Ferner das Interdictum: *Quod vi aut clam* [84]). Aber nicht das Interdictum unde vi, weil eine eigentliche Dejection bey Servituten, als unkörperlichen Dingen, sich nicht denken läßt [85]).

2) Eigene für Realservituten gegebene Interdicte [86]). Dahin gehören

a) *Inter-*

83) Die Zulässigkeit dieses Interdicts bey Real-Dienstbarkeiten wollen zwar einige Rechtsgelehrten bezweifeln, als *Hub.* GIPHANIUS in Explanat. difficilior. et celebrior. Leg. Cod. Lib. VIII. Tit. 6. pag. 302. und *Io. Iac.* WISSENBACH in Exercitat. ad L. Libros Pand. P. II. Lib. XLIII. Disputat. XXIV. Th. 5. pag. 260. Allein das Interdictum *uti possidetis* kann nur dann nicht gebraucht werden, wenn für den Besitz dinglicher Servituten eigene Interdicte eingeführt sind. *L. 1. pr. D. Uti possidetis.* Daß ausserdem dieses Interdict sowohl bey affirmativen als negativen Dienstbarkeiten Statt findet, läßt sich keinesweges bezweifeln. Man sehe *L. 3. §. 6. D. Uti possid.* und *L. 8. §. 5. D. Si servit. vindic.* und vergleiche noch vorzüglich Fried. Carl von Savigny Recht des Besitzes. 5. Abschn. §. 46. S. 486. und 502. Ernst Ferd. Kleins merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Facultät 3. Band. Nr. XII. S. 187. ff und eines Ungenannten Versuche über den Quasi-Besitz. (Halle 1806) Nr. II. S. 47. ff., auch Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 1219.

84) *L. 6. §. 1. D. h. t.* GIPHANIUS c. l. pag. 302.

85) *L. 4. §. 27. D. de Usurpat. et Usucap.* S. von Savigny Recht des Besitzes 5. Abschn. §. 46. S. 486.

86) *L. 20. D. de Servit.* WESTPHAL de Servitutib. praedior. Sect. III. cap. 34. und von Savigny Recht des Besitzes §. 46. S. 483. ff.

a) *Interdictum de itinere actuque privato* [87]). Hiermit steht das *Interdictum de itinere actuque privato reficiendo* in Verbindung [88]).

b) Interdictum *de aquaeductu*, wovon die Interdicta *de aqua quotidiana et aestiva* [89]), desgleichen *de reficiendis rivis* [90]) wieder Untergattungen sind.

c) Interdictum *de fonte*, wegen das aquaehaustus und pecoris ad aquam appulsus [91]). Hiermit steht das Interdictum *de fonte reficiendo* [92]) in Verbindung:

d) Interdictum *de cloacis* [93]).

Die erste Bedingung bey allen diesen Interdicten ist Besitz der Servitut, worüber gestritten wird. Auf das Recht selbst kommt es hier gar nicht an. Nur das Factum des Besitzes muß bescheiniget werden.

L. 1. §. 2. *D. de itin. actuq. priv.* Hoc interdicto Praetor non inquirit, *utrum habuit iure servitutem impositam*, *an non*. Sed hoc tantum, an itinere actuque hoc anno usus sit non vi, non clam, non precario.

L. 1. § 10. *D. de aqua quotid.* Sed etsi *iure aqua non debetur alicui*, si tamen iure ducere se putavit: cum non

87) *L.* 1. *D. de itinere actuque priv.*

88) *L.* 3. §. 11. 13. et 14. *D. de itin. actuq. priv.*

89) *L.* 1. *pr. D. de aqua quotid.*

90) *L.* 1. *pr. D. de rivis.*

91) *L. un. pr.* et §. 1. *D. de fonte.*

92) *L. un.* §. 6. 8. 9. et 10. *D. de fonte.*

93) *L.* 1. *pr.* et §. 1. et 5. *D. de Cloacis.*

non in iure, ſed in facto erravit, dicendum eſt, eoque iure utimur, ut interdicto hoc uti poſſit. Sufficit enim, *ſi iure ſe ducere putavit*, nec vi, nec clam, nec precario duxit.

L. 1. §. 9. *D. de rivis.* Hoc interdictum competit etiam ei, *qui ius aquae ducendae non habet*, ſi modo aut priore aeſtate, aut eodem anno aquam duxerit, cum ſufficiat, non vi, non clam, non precario duxiſſe.

L. 2. §. 3. *D. h. t.* Pomponius dicit, fructuarium *interdicto de itinere* uti poſſe, ſi hoc anno uſus eſt: alibi enim *de iure*, id eſt, in confeſſoria actione, alibi *de facto*, ut in hoc *interdicto*, quaeritur.

Eine Ausnahme hiervon macht jedoch das Interdictum *de itinere actuque privato reficiendo.* Bey dieſem muß der Kläger, außer dem Beſitz der Servitut, auch noch das Recht derſelben beweiſen.

L. 3. §. 13. *D. de itin. actuq. priv.* Hoc autem a ſuperiore diſtat, quod illo quidem interdicto omnes uti poſſunt, qui hoc anno uſi ſunt: hoc autem interdicto eum demum uti poſſe, qui hoc anno uſus eſt, *et ius ſibi eſſe reficiendi, doceat*[94]). Ius autem eſſe videtur ei, cui ſervitus debetur. Itaque qui hoc interdicto utitur, duas res debet docere, et *hoc anno ſe uſum*, et *ei ſervitutem competere.* Caeterum, ſi deſiit alterutrum, deficit Interdictum: nec immerito. Qui enim

94) Die Florentine hat *oporteat.* Die Vulgata hingegen lieſet richtiger *doceat.* WESTPHAL §. 1025. bemerkt jedoch, daß auch das *oporteat* einen richtigen Sinn gebe, nur müſſe man ſtatt et: *ut* leſen.

vult ire agere tantisper, quoad de servitute constet, non debet de iure suo docere. Quid enim perdit, qui eum patitur hoc facere, qui hoc anno fecit? Enimvero qui vult reficere, aliquid novi facit: neque debet ei in alieno permitti id moliri, *nisi vere habet servitutem* [95]).

Bey dem *Interdicto de rivis reficiendis* hingegen ist es bey der Regel geblieben. Hier kommt es auf das Recht der Servitut nicht an, sondern allein auf den Besitz.

L. 4. *D. de rivis.* De rivis reficiendis ita interdicetur, *ut non quaeratur*, *an aquam ducere actori liceat?* non enim tam necessariam refectionem itinerum, quam rivorum esse: quando, non refectis rivis, omnis usus aquae auferretur, et homines siti necarentur. Et sane aqua pervenire, nisi refecto rivo, non potest: at non refecto itinere, difficultas tantum eundi agendique fieret, quae temporibus aestivis levior esset.

Es

95) Von diesem Interdict ist auch die *L.* 2. §. 2. *D. de Interdict.* zu verstehen, wenn es daselbst heißt: Quaedam interdicta *rei persecutionem continent*, veluti *de itinere actuque privato* (sc. reficiendo). Nam *proprietatis causam* continet hoc interdictum. Das Recht der Servitut ist also hier nicht blos Bedingung, sondern zugleich Gegenstand dieses Interdicts, so daß der Kläger durch dasselbe nicht nur gegen alle Stöhrung bey der Ausbesserung des Weges geschützt wird, sondern daß ihm auch, wie durch die actio confessoria, das Recht der Servitut selbst zugesprochen werden muß, wenn er seinen Beweis führt. Es ist also dieses Interdict wirklich nichts anders, als eine summarische actio confessoria. S. von Savigny Recht des Besitzes §. 46. S. 494.

Es ist jedoch bey den meisten dieser possessorischen Interdicte Ausübung der Servitut allein nicht einmal hinreichend, sondern die Gesetze haben überdem ein bestimmtes Maas derselben als Bedingung vorgeschrieben. Wer nämlich das Interdictum *de itinere actuque privato* gebrauchen will, muß in dem verflossenen Jahre (von Zeit der angestellten Klage an, zurückgerechnet) wenigstens 30 Tage hindurch die Servitut ausgeübt haben[96]). Auch bey dem Interdicto *de aqua quotidiana vel aestiva* ist es Bedingung, daß die Servitut in dem letztverflossenen Jahre, oder wenn die Wasserleitung nur im Sommer gebraucht wird, in dem vorjährigen Sommer, und also wenigstens in den letztern anderthalb Jahren ausgeübt worden sey[97]). Eben so kommt es bey den beyden Interdicten *de fonte* auf die Ausübung des iuris aquae hauriendae in dem letztern Jahre an[98]).

Bey negativen Servituten ist der Besitz des Klägers daraus zu beurtheilen, ob zur Zeit des angestellten Interdicts noch nichts geschehen ist, was der Servitut entgegen streitet. Das bloße Nichtthun von Seiten des Eigenthümers des dienenden Grundstücks ist hier zum Besitz der Servitut hinreichend[99]).

L. 6. §. 1. *D. Si servit. vind.* Sciendum tamen, in his servitutibus *possessorem* esse eum (al. *eundem*) iuris et petitorem, et *si forte non habeam aedificatum altius in*

 meo,

96) *L.* 1. §. 2. *et* 3. *D. de itinere actuq. privato.*

97) *L.* 1. §. 20. 22. 29. 30. 31 *et* 34. *D. de aqua quotid.*

98) *L. un. princ. et* §. 6. *D. de fonte.*

99) S. von Savigny a. a. O. S. 500.

meo, adverſarius meus poſſeſſor eſt. Nam, *cum nihil ſit innovatum, ille poſſidet*, et aedificantem me prohibere poteſt, et *civili actione*, (ſc. actione confeſſoria) et interdicto, *quod vi aut clam.* Idem et ſi lapilli iactu impedierit. *Sed et ſi, patiente eo, aedificavero, ego poſſeſſor ero effectus.*

Es iſt hier von dem Falle die Rede, da ich die Servitus altius non tollendi gegen das Haus meines Nachbars behaupte. So lang dieſer noch nicht höher gebauet hat, bin ich in dem Beſitz der Servitut. Allein da ſich mein Beſitz auf das bloße Nichthandeln gründet, ſo wird derſelbe durch das entgegengeſetzte Handeln natürlich aufgehoben. Habe ich alſo gelitten, daß mein Nachbar höher gebauet hat, ſo iſt hierdurch mein Nachbar wieder in den Beſitz der natürlichen Freyheit gekommen, und mein Beſitz der Servitut nothwendig ausgeſchloſſen.*)

Bey poſitiven oder affirmativen Servituten hingegen, welche mit dem Beſitz des dienſtbaren Grundſtücks in unmittelbarer Verbindung ſtehen, hängt der Beſitzſtand der Servitut davon ab, ob diejenige Anſtalt ſchon vorhanden iſt, durch deren Daſeyn das Recht der Servitut wirklich ausgeübt wird. Z. B. bey der Servitus tigni immittendi, ob die immiſſio zur Zeit des angeſtellten Interdicts ſchon wirklich Statt findet [100]).

L. 8. §. 3. *D. eodem.* Sed ſi quaeritur, quis poſſeſſoris, quis petitoris partes ſuſtineat? ſciendum eſt, *poſſeſſoris* partes ſuſtinere, *ſi quidem tigna immiſſa ſunt*, eum,

*) S. BRUNNEMANNI Commentar. ad Pand. h. L.

100) *L.* 20. *pr. D. de Servit. praed. urb.* von Savigny a. a. O. S. 498.

eum, *qui servitutem sibi deberi ait:* si vero non sunt immissa, eum, qui negat.

Ist endlich von solchen affirmativen Realservituten die Rede, deren Ausübung in einer eigenen, unabhängigen Handlung besteht, so ist der zur Begründung eines Interdicts erforderliche Besitz nur dann anzunehmen, wenn nicht nur dasjenige wirklich geschehen ist, was den Gegenstand der Servitut ausmacht, sondern auch als ein Recht ist ausgeübt worden, es mag von dem Kläger selbst, oder von andern Personen in seinem Namen geschehen seyn [1]).

Haben die Gesetze zur Ausübung der Servitut einen gewissen Zeitraum als Bedingung des Interdicts vorgeschrieben, so findet auch *accessio possessionis* Statt, das heißt, der Besitz des Erblassers, oder Verkäufers kommt auch dem Erben und Käufer zu statten, so wie der Besitz, der gegen den Erblasser oder Verkäufer ist ausgeübt worden, auch gegen den Erben und Käufer nützt [2]). Es ist daher z. B. bey dem Interdicto *de itinere actuque privato* ganz gleichgültig, ob der Kläger selbst, oder sein auctor, oder beyde zugleich das Recht an 30 Tagen des letzten Jahrs ausgeübt haben [3]).

1) *L. 1. §. 7. et 8. L. 3. §. 4. et 7. D. de itinere.* WESTPHAL §. 1004. von Savigny S. 488.

2) *L. 1. §. 37. D. de aqua quotid. L. 6. D. de itin. actuque privat. L. 3. pr. D. eod.* WESTPHAL §. 1007. et 1008.

3) *L. 3. §. 6. 9. et 10. D. de itinere.* von Savigny Recht des Besitzes §. 46. S. 489.

Eine zweyte Bedingung bey diesen Interdicten ist gewaltsame Stöhrung des Besitzes. Von wem diese Stöhrung herrührt, ist gleichgültig. Sie mag also durch die Handlung des Eigenthümers des dienstbaren Guts, oder eines Dritten geschehen seyn [4]).

Das Gesuch des Klägers wird zunächst darauf gerichtet, daß dem Beklagten die Stöhrung untersagt, und dann auch, daß derselbe zum vollständigen Ersatz des dadurch zugefügten Schadens verurtheilt werde [5]).

Wird jedoch wegen Ausbesserung des zur Ausübung der Servitut erforderlichen Gegenstandes ein Interdict gebraucht, so fordert der Kläger in diesem Interdict, daß ihn der Eigenthümer nicht hindere, die nöthige Ausbesserung vorzunehmen; und hier ist das Besondere, daß der Kläger wegen des Schadens, der durch die Arbeit etwa zugefügt werden könnte, Caution leisten muß [6]).

Alle diese possessorischen Interdicte haben nun zwar das mit einander gemein, daß bey denselben ein summarisches Verfahren Statt findet, und der Kläger, welcher den Besitz verfolgt, nicht schuldig ist, sich auf Vertheidigungsgründe seines Gegners einzulassen, welche das Recht betreffen [7]). Daher sind die Interdictsklagen, wenn

4) *L. 3. §. 5. D. de itinere. L. 1. §. 25. D. de aqua quotid.*

5) von Savigny a. a. O. S. 489. u. S. 496.

6) *L. 3. §. 11. L. 5. §. 4. D. de itinere. L. 3. §. 9. D. de rivis.*

7) *L. un. C. Uti possidet.* S. Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses 4. Bd. Nr. LXXXI. §. 3. und §. 4.

wenn man den dabey vorausgesetzten Thatumstand für sich hat, vortheilhafter, als die petitorischen. Allein nach dem Römischen Rechte ist jeder Streit über Besitz, auch als Factum betrachtet, immer mit einer Untersuchung über die Rechtmäßigkeit desselben verbunden [8]). Denn es erfordert zur Begründung eines Interdicts in Beziehung auf den Gegner schlechterdings, daß der Besitz fehlerfrey sey [9]). Es giebt aber heut zu Tage noch ein vortheilhafteres Rechtsmittel, dessen man sich auch bey Servituten bedienen kann, um besonders alle Gewaltthätigkeiten abzuwenden, welche von Seiten des Gegners zu besorgen sind. Ich meine das *possessorium summarium*, zu dessen Begründung schon die jüngste ruhige, d. i. unwidersprochene Besitzhandlung genügt [10]). Zwar wollen auch hier einige Rechtsgelehrten [11]) noch den Ablauf derjenigen Zeit erfordern, welcher in dem Röm. Rechte bey einigen Interdicten vorgeschrieben ist. Allein daß dies dem Zweck dieses Rechtsmittels eben so wenig, als der Praxis gemäß sey, ist schon von andern gezeigt worden [12]).

B) Es

8) *L. 1. §. 5. D. Uti possid.*

9) *L. 1. §. 9. D. eodem.*

10) Gönner a. a. O. §. 10. S. 424. ff. von Savigny 6. Abschn. §. 51.

11) de BERGER Supplem. ad Electa Disceptat. for. Tom. II. Tit. 5. Observ. 18. pag. 145. HOMMEL Diss. de processu possessor. summar. Quaest. 5. u. a. m.

12) WERNHER select. observat. for. Tom. I. P. I. Observ. 114. Tom. II. P. VI. Obs. 327. und Ernst Fried. Pfotenhauer in der Abhandlung über das gerichtliche Verfahren in Sachen, welche den neuesten Besitz betreffen. (Leipzig 1797. 8.) §. 9.

B) Es wird blos über den Nachtheil gestritten, welcher mir aus einem neuen Werke, das mein Nachbar unbefugter Weise auf einer unbeweglichen Sache, z. B. durch Bauen, Aendern, oder Niederreißen, unternommen hat, entweder für die Freyheit meines Eigenthums, oder für das mir auf der Sache zustehende Recht der Servitut erwächst. Hier kann ich mich, zur Erhaltung meines Rechts, der *operis novi nunciatio* [13]) bedienen, so lang das unternommene Werk noch nicht vollendet ist, und hierdurch die Fortsetzung desselben hindern [14]). *Nunciatio* fit, sagt Ulpian *L.* 1 §. 16. *D. de operis novi nunciat.* aut iuris nostri conservandi causa, aut damni depellendi, aut publici iuris tuendi gratia; und *L.* 5. §. 9. *D. eodem.* sagt eben dieser Röm. Jurist:

> Triplicem esse causam *operis novi nunciationis*: aut naturalem, aut publicam, aut imposititiam. *Naturalem*, cum in nostras aedes quid immittitur, aut

13) S. vorzüglich *Franc.* DUARENI Tractat. method. de operis novi nunciatione. Desgleichen *Eiusdem* in Tit. Pandectar. de operis novi nunciatione Praelectiones. (In EIUS *Operib. Francof. 1592.* f.) pag. 583. — 602. WESTPHAL de libert. et servitut. praedior. Cap. XIII. *Domin. Mart.* BRENTANO Diss. de novi operis nunciatione. *Goettingae 1794.* 8. und *Ferd.* KAEMMERER Dissertat. inaug. de operis novi nunciatione. *Heidelbergae 1807.* 8.

14) Ist das zu unserm Nachtheil unternommene Werk bereits ganz vollendet, so findet keine operis novi nunciatio weiter Statt, sondern man muß entweder das Interdictum: *Quod vi aut clam* anstellen, oder petitorisch klagen. *L. 1. §. 1. D. de novi operis nunciat.*

aut aedificatur in noſtro. *Publicam* cauſam, quoties Leges, aut Senatusconſulta, Conſtitutionesque principum per operis novi nunciationem tuemur. *Impoſititiam*, cum quis, poſteaquam ius ſuum deminuit, alterius auxit, hoc eſt, poſteaquam ſervitutem aedibus ſuis impoſuit, contra ſervitutem fecit.

Von dem Gebrauche der operis novi nunciatio bey Real-Servituten [15]) handeln namentlich folgende Stellen.

L. un.

15) Bey den perſönlichen Dienſtbarkeiten iſt der Gebrauch dieſes Rechtsmittels ſehr beſchränkt. Der Uſufructuar kann ſich gegen den Proprietar der Nunciation auf keine Weiſe bedienen, ſondern muß gegen ihn bloß ſein Nutzungsrecht mit der actio confeſſoria verfolgen. Dem Nachbar hingegen, welcher ihm durch Unternehmung eines neuen Werks in ſeinem Rechte Eintrag thut, kann er anders nicht, als im Namen des Eigenthümers, und als deſſen Procurator, novum opus nunciiren. *L. 1. §. 20. D. de oper. novi nunciat. L. 2. D. eodem.* Viele Rechtsgelehrten ſind zwar anderer Meinung, und wollen dem Nutznießer ein unbedingtes Nunciationsrecht einräumen, als STRUV in Synt. iur. civ. Exerc. XXXIX. Th. 4. ibique MÜLLER ad *Eundem*. WESTENBERG Princip. iuris ſec. ord. Dig. Lib. XXXIX. Tit. I. §. 20. HOFACKER Princ. iur. civ. Tom. III. §. 4095. WALCH Controv. iur. civ. Sect. IV. Cap. I. §. 9. Allein dieſe Meinung iſt ausführlich widerlegt in *Ferd.* KAEMMERER Diſſ. de operis novi nunciatione §. 8. Die *L. un. §. 4. D. de remiſſ.* worin blos Julians Meinung angeführt wird, kann gegen die angeführten deutlichern, und beſtimmter ſprechenden Geſetzſtellen, in keine Betrachtung kommen, ſondern muß, wenn man nicht annehmen will, daß Julian hierin von den übrigen Röm. Rechtsgelehrten abgewichen ſey, in Gemäsheit jener Geſetzſtellen erklärt werden. S. *M. Aurel.* GALVANUS de Uſufructu Cap. 37. §. VIII. pag. 543. edit. *Tübing.*

L. un. §. 3. *D. de remiſſionib.* Ius habet opus novum nunciandi, qui aut dominium, aut *ſervitutem* habet.

L. 15. *D. de Servitut. praed. urb.* Inter ſervitutes, ne luminibus officiatur, et ne proſpectui offendatur, aliud et aliud obſervatur: quod in proſpectu plus quis habet, ne quid ei officiatur ad gratiorem proſpectum, et liberum; in luminibus autem non officere, ne lumina cuiusquam obscuriora fiant. Quodcunque igitur faciat ad luminis impedimentum, prohiberi poteſt, ſi ſervitus debeatur, *opusque ei novum nunciari poteſt*, ſi modo ſic faciat, ut lumini noceat.

L. 6. §. *fin. D. Si ſervit. vindicet.* Parietem autem meliorem quidem, quam in ſervitute impoſitum eſt, facere licet; deteriorem ſi facit, aut per hanc actionem, (ſc. confeſſoriam) aut *per operis novi nunciationem* prohibetur.

L. 8. *pr. D. de oper. novi nunciat.* Non ſolum proximo vicino, ſed etiam ſuperiori opus facienti *nunciare opus novum potero*: nam et ſervitutes quaedam intervenientibus mediis locis, vel publicis vel privatis eſſe poſſunt.

Nur eine Stelle macht Schwierigkeiten, welche den angeführten entgegen zu ſeyn ſcheint.

L. 14. *D. eod.* wo Julian ſagt: Qui viam habet, *ſi opus novum nunciaverit* adverſus eum, qui in via aedificat, *nihil agit*, ſed ſervitutem vindicare non prohibetur.

Viele

Viele Rechtsgelehrten [16]) sind dadurch veranlaßt worden, zwischen servitutes urbanae und rusticae zu unterscheiden, und das Rechtsmittel der Nunciation blos auf jene zu beschränken, bey den letztern hingegen gänzlich auszuschließen. Allein dieser Unterschied ist offenbar ungegründet, wie schon **Claproth** [17]) gezeigt hat. **Ulpian** sagt ganz allgemein *L.* 1. §. 14. *D. de oper. novi nunciat.* Sive intra oppida, sive extra oppida *in villis vel agris* opus novum fiat, nunciatio ex hoc Edicto locum habet. Man unterscheide vielmehr mit **Anton Faber** [18]).

I. Ob ein Nachbar, der nicht Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks ist, auf demselben ein Werk unternimmt, welches dem Rechte der Dienstbarkeit nachtheilig ist, es geschehe mit oder ohne Wissen und Willen des Eigenthümers. Daß gegen einen solchen Extraneus die Nunciation Statt habe, leidet keinen Zweifel. Denn hier ist es offenbar, daß er kein Recht habe, zum Nachtheil der Servitut auf dem dienstbaren Grundstück etwas zu unternehmen *).

II. Ob der Eigenthümer des dienstbaren Guts selbst etwas unternimmt, was der Servitut nachtheilig ist. Hier ist wieder zu unterscheiden.

1) Das

16) *Franc.* DUARENUS Disputat. anniversar. Lib. II. cap. 17. (*Operum* pag. 1067. sq.) *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XV. cap. 45. *Iul.* PACIUS Εναντιοφαν. s. Legg. Conciliatar. centur. III. Quaest. 57. *Io.* STRAUCH Dissertation. ad univ. ius Iustinian. Diss. XXIII. §. 4. pag. 361. u. a. m.

17) Einl. in sämtliche summar. Prozesse. §. 257.

18) Conjecturar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 5.

*) S. *M.* LYCKLAMA *a* NYHOLT Membran. Lib. III. Eccl. II.

1) Das unternommene neue Werk streitet direct gegen die Natur der constituirten Dienstbarkeit, so daß dadurch die ganze Servitut aufgehoben wird. Z. B. der Eigenthümer handelt durch einen unternommenen Bau der Servitus altius non tollendi oder luminibus non officiendi geradezu entgegen. Auch hier ist das Verbietungsrecht desjenigen, der zu der Servitut berechtiget ist, ausser Zweifel, und er hat die Wahl, ob er sein Recht mit der actio confessoria verfolgen, oder mittelst der operis novi nunciatio gegen den besorglichen Nachtheil schützen will, die Servitus mag eine urbana oder rustica seyn [19]). Z. B. der Eigenthümer will die Wiese, auf welcher mir die Hut- und Weidegerechtigkeit zusteht, in einen Acker oder Garten umschaffen, oder sie umzäunen, oder Teiche darauf anlegen. Hier findet die operis novi nunciatio ohne Bedenken Statt.

2) Das von dem Eigenthümer unternommene neue Werk ist nicht direct der constituirten Servitut entgegen, es wird also dadurch die Ausübung der Servitut nicht schlechterdings, sondern nur *per indirectum* gehindert; z. B. der Eigenthümer unternimmt an dem Orte, wo mir vermöge der Servitut auf seinem Grundstück ein Weg zum Gehen oder Fahren zusteht, einen Bau. Von diesem Falle redet Julian *L.* 14. *D. de operis novi nunciat.*

19) *L.* 15. *D. de servit. praed. urb. L.* 6. §. 7. *D. Si servit. vindic. L. un.* §. 3. *D. de remission.* VOET Comment. ad Pand. Lib. VIII. Tit. IV. §. 12. und KAEMMERER cit. Diss. §. 12. pag. 122. seqq.

ciat [20]). Nur hier fällt die operis novi nunciatio weg, und ich kann gegen den Eigenthümer bloß die Servitut vindiciren. Die Nunciation würde hier, wie Julian sagt, ohne allen Effect seyn. Denn man kann dem Eigenthümer nicht alles Bauen in seinem Eigenthum untersagen, sofern dadurch die Ausübung der Servitut nicht schlechterdings gehindert wird, und die constituirte Servitut nicht gerade darauf geht, daß er nicht bauen soll. Wenn mir nun bloß die servitus viae zusteht, so kann ja der Weg, da das ganze Grundstück dienstbar [21]) ist, auch eben so leicht an einem andern Orte angewiesen werden [22]). Ganz hierauf passend sagt **Ulpian** [23]) in einem ähnlichen Falle: Locum, qui servit, nemo religiosum facit, nisi consentiat is, cui servitus deberetur. *Sed si non minus commode per alium locum servitute uti potest, non videtur servitutis impediendae causa id fieri:* et ideo religiosus fit, et sane habet rationem. Ein Anders wäre freylich zu behaupten, wenn sich der unternommene Bau dergestalt über das ganze dienstbare Grundstück verbreiten sollte, daß dadurch die Ausübung der Dienstbarkeit völlig aufgehoben würde [24]). Was von der via gilt, muß unter gleichen

20) Es ist offenbar unrichtig, wenn LYCKLAMA Lib. III. Membranar. Eccl. 11. vermöge dieser Stelle alle Nunciation gegen den Eigenthümer des dienstbaren Gutes schlechterdings für unzulässig halten will.

21) *L. 9. D. de servitut. L. 13. §. 1. D. de servitut. praed. rustic. L. 21. D. eod.*

22) S. VOET c. l. §. 12.

23) *L. 2. §. 8. D. de religios.*

24) S. KAEMMERER Diss. cit §. 12. pag. 125.

gleichen Umständen und aus gleichem Grunde auch bey der Servitus itineris, actus, aquaeductus, ſtillicidii, u. ſ. w. gelten, wie Cujaz [25]) mit Recht behauptet, den deshalb Conſtantinäus [26]) ohne allen Grund getadelt hat. In einer Stelle des Paulus, *L.* 9. *D. h. t* heißt es ausdrücklich: Si eo loco, per quem *iter* (*via* [27]) mihi debetur, tu aedificaveris: poſſum intendere, ius mihi eſſe ire agere. (Das heißt, ich muß die Servitut gegen den Herrn des dienenden Guts vindiciren, und die confeſſoriſche Klage anſtellen). Quodſi probavero, inhibebo opus tuum. (Nicht durch eine operis novi nunciatio, von welcher hier keine Rede ſeyn kann [28]), ſondern durch den Prätor, welcher nun ein interdictum prohibitorium oder demolitorium gegen den aedificantem erlaſſen konnte, wenn ich mein Recht erwieſen hatte) [29]). Item *Iulianus* ſcripſit: ſi vicinus, in ſuo aedificando effecerit, ne ſtillicidium meum reciperet, poſſe me agere de iure meo, id eſt, ius eſſe immittendi ſtillicidium, ſicut in via diximus.

Dieſes Rechtsmittel hat übrigens das Eigene, daß es die Mitwirkung des Richters nicht erfordert. Ulpian bemerkt dies ausdrücklich, wenn er *L.* 1. §. 2 *D. de oper. novi nunciat.* ſagt: Nunciatio ex hoc Edicto *non habet neceſſa-*

25) Obſervation. Lib. I. cap. 17.

26) Subtil. Enodation. Lib. II. cap. 18. §. 2. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iur. Rom.* Tom. IV. pag. 588. ſq.).

27) Siehe oben S. 59. Not. 35.

28) Siehe Not. 36. S. 59.

29) Man vergleiche KAEMMERER Diſſ. cit. §. 12. pag. 127.

necessariam Praetoris aditionem: potest enim nunciare quis, *etsi eum non adierit*; und zwar kann man die Vollführung des von dem Gegner unternommenen nachtheiligen Werks außergerichtlich nicht nur durch eine in Gegenwart des Werks eingelegte Protestation hindern, welches im eigentlichen Sinn *operis novi nunciatio* genennt wird [30]); sondern auch durch Thätlichkeiten, indem man die Arbeiter vertreibt, und das neue Werk auf frischer That zerstört [31]). Bey den Römern war auch das symbolische Zeichen des Hinwerfens eines Steins gegen das Werk (iactus lapilli) üblich [32]. Eine solche *nunciatio realis* ist jedoch anders nicht, als zur Vertheidigung des Besitzes, in einem

30) *L. 3. §. 1. et 2. D. de oper. novi nunciat. L. 5. §. 2. et §. 10. D. eod. Ern. Frid.* SCHROEDER Diss. de operis novi nunciatione verbali. *Ienae 1664.* und PÜTTMANN Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 20. Bey den Römern geschahe diese Nunciation mit der Formel: *Denuncio tibi, ne quid in illo loco novi operis, me invito, facias.* CUJACIUS in Paratitl. ad Dig. Tit. de op. novi nunciat. Heut zu Tage geschieht sie gewöhnlich vor einem Notar und Zeugen. S. Claproths Einleit. in sämmtl. summarische Prozesse. §. 256.

31) *L. 20. §. 1. D. Quod vi aut clam.* Prohibitus autem intelligitur, quolibet prohibentis actu: id est, vel dicentis se prohibere, vel *manum opponentis, lapillumve iactantis*, prohibendi gratia. *L. 5. §. 10. D. de operis novi nunciat. L. 27. pr. D. de servitut. praed. urb. L. 29. §. 1. D. ad Leg. Aquil.* S. KAEMMERER cit. Diss. Cap. I. §. 4. et 5.

32) *L. 6. §. 1. D. h. t. L. 5. §. 10. D. de oper. novi nunciat. L. 1. §. 6. D. Quod vi aut clam. Ev.* OTTONIS de Iurisprud. symbolica Exercit. II. cap. 9. u. *Iul. Ge. Paul du* ROI lib. sing. de iactu lapilli. *Helmst. 1782.* 8.

einem solchen Falle erlaubt, da der Gegner das neue Werk auf unserm Eigenthume unternimmt; nie aber wenn er in seinem Eigenthume blos zu unserm Nachtheil handelt[33]). Statt der außergerichtlichen Verbal-Nunciation, wodurch man ohnehin seinen Gegner als Besitzer anerkennt[34]), ist es jedoch immer rathsamer, das Verbot durch den Richter einlegen zu lassen, mittelst Anstellung des darauf abzweckenden *Interdicti de novi operis nunciatione*[35]), wobey das Prozeßverfahren ebenfalls summarisch ist[36]). Der Nunciant muß jedoch auf jeden Fall, wenn die Sache an den Richter gebracht wird, vorläufig den Eid für Gefährde (iuramentum calumniae) schwören[37]), und dann sein Interesse weiter ausführen[38]). Die rechtliche Wir-

33) *L. 5. §. 10. D. de oper. novi nunciat.* Meminisse autem oportebit, quoties quis *in nostro* aedificare, vel *in nostrum* immittere, vel proiicere vult: melius esse, eum per Praetorem, vel *per manum* (id est, lapilli iactum) prohibere, quam *novi operis nunciatione* (sc. verbali). Caeterum, operis novi nunciatione possessorem eum faciemus, cui nunciaverimus. Aut si *in suo quid faciat*, quod nobis noceat, tunc operis novi denunciatio erit necessaria. Add. *L. 29. §. 1. D. ad Leg. Aquil.* WESTPHAL de lib. et servitut. praed. §. 323. Beyspiele sind oben §. 668. Not. 73. vorgekommen.

34) *L. 1. §. 6. L. 5. §. 10. D. de op. novi nunciat.* KAEMMERER cit. Diss. Cap. III. §. 3. pag. 199.

35) S. Schmidts Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden. §. 180. ff. und Claproths Einleit. in die sämmtl. summar. Prozesse §. 257. ff.

36) KAEMMERER cit. Diss. Cap. III. §. 5.

37) *L. 5. §. 14. D. de op. novi nunc.*

38) *L. 15. D. eod.* KAEMMERER cit. Diss. Cap. III. §. 5. pag. 205. und *Gust. Henr.* MYLII Diss. usum doctrinae de novi operis nunciatione in foris Germ. sist. *Lipsiae 1741.*

Wirkung der Nunciation, sie sey gerichtlich oder außergerichtlich geschehen, ist immer die nämliche, daß der Nunciat von der Vollendung des Werks abstehen muß, bis sich's finden wird, daß er so zu bauen befugt sey [39]). Kehrt sich derselbe nicht an das Verbot, sondern setzt den Bau dennoch fort, so findet gegen ihn ein *interdictum demolitorium* Statt, welches ihn unbedingt zur Wegräumung des Werks auf eigne Kosten verpflichtet [40]).

C) Es wird über das Recht der Servitut selbst gestritten. Hier sind wieder, um die deshalb anzustellenden petitorischen Klagen zu bestimmen, folgende Fälle zu unterscheiden.

I. Der Kläger behauptet, daß dem Grundstück, welches er besitzt, die Servitut auf des Beklagten Grundstücke zustehe; und dann ist er entweder

1) erweislicher Eigenthümer des berechtigten Grundstücks. Hier klagt er

a) wenn die Servitut nach dem Civilrechte gültig constituirt ist, *actione confessoria directa* [41]).

b) Wenn sie hingegen blos nach dem prätorischen Rechte gilt; z. B. die Servitut ist von einem Nicht-

39) *L. 1. pr. L. 5. §. 4. L. 8. §. 4. L. 20. §. 1. D. de oper. novi nunciat.*

40) *L. 1. §. 7. L. 5. §. 10. L. 20. §. 1. L. 21. §. 1. D. eodem.*

41) *L. 2. §. 1. D. h. t.* Haec autem in rem *actio confessoria* nulli alii, quam *domino fundi*, competit: servitutem enim nemo vindicare potest, quam is, qui dominium in fundo habet, cui servitutem dicit deberi. S. VOET h. t. §. 1. und WESTPHAL §. 970.

eigenthümer constituirt worden, welchen der Kläger bona fide für den Eigenthümer hielt, er hat sie aber noch nicht so lange ausgeübt, daß er sie hätte durch Verjährung erwerben können. Hier hat die *actio Publiciana* [42]) Statt, wenn der Beklagte ein schwächeres Recht an dem dienstbaren Gute hat, z. B. er hat es von demselben Nichteigenthümer erhalten, der die Servitut darauf constituirt hatte, oder dasselbe ohne allen Rechtsgrund in Besitz genommen [43]). Ja es kann diese Klage sogar gegen den Eigenthümer selbst angestellt werden, wenn von ihm die Bestellung der Dienstbarkeit auf eine solche Art geschehen ist, daß sie zwar nach dem strengen Civilrechte nicht gilt, allein vom Prätor der Billigkeit wegen geschützt wird [44]).

2) Der Kläger, welcher das Recht der Servitut verfolgt, ist nicht Eigenthümer; und dann ist er entweder

a) bonae fidei possessor. Hier klagt er *actione Publiciana* gegen denjenigen, welcher ihn in der Ausübung der Servitut hindert [45]). Oder

b) ein

42) *L. 11. §. 1. D. de Public. in rem act.* Siehe des 8. Theils 2. Abth. §. 593. S. 319. ff.

43) STRYCK Us. mod. Pandectar. Lib. VI. Tit. 2. §. 6. in fin. und Westphal im System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz ꝛc. §. 986.

44) *L. 11. §. 1. D. de public. in rem act.* Beyspiele kommen vor *L. 4. pr. D. de servitut.* et *L. 2. D. Commun. praedior.* VOET h. t. §. 1. und des Ungenannten Versuche über den Quasi-Besitz (Halle 1806.) Nr. VI. S. 108. Not. *).

45) *L. 18. D. de pignor.* STRYK loc. cit.

b) ein anderer Dinglichberechtigter, dem an der Erhaltung der Servitut gelegen ist, z. B. der Pfandgläubiger, oder Superficiar. Hier findet die *actio confessoria utilis*[46]) Statt. Der Usufructuar eines Grundstücks kann wegen der demselben zustehenden Servitut gegen den Proprietar selbst nicht anders klagen, als wenn er sein Nutznießungsrecht selbst verfolgt[47]). Er muß hier die Stöhrung der Servitut als eine Beeinträchtigung seines Ususfructus darstellen[48]). Wenn ihn hingegen ein Dritter an der Ausübung der Servitut hindert, so kann er, wenn er den Nießbrauch selbst nicht direct vindiciren will, wegen der auf der nutznießlichen Sache ruhenden Servitut, zwar im Namen des Proprietars, als dessen Procurator, aber nicht im eigenen Namen klagen[49]).

II. Der Kläger läugnet, daß dem Beklagten die sich angemaßte Servitut zustehe. Hier ist die *actio negatoria* anzustellen[50]). Mittelst derselben verfolgt nun entweder

46) *L. 16. D. de servitut.* Ei, qui pignori fundum accepit, non est iniquum, *utilem petitionem servitutis* dari. *L. 9. D. de oper. novi nunciat. L. un. §. ult. D. de remiss.*

47) *L. 1. princ. L. 5. §. 1. D. Si usufr. petat.* S. des 9. Theils 1. Abth. §. 626. S. 85. ff.

48) S. CARRACH Adnotat. ad *Boehmeri* doctr. de actionibus. Sect. II. cap. II. §. 37. pag. 144.

49) *L. 1. §. 20. et L. 2. D. de operis novi nunciat.* verglichen mit *L. un. §. 4. D. de remission.* S. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 1. und besonders BOEHMERI Doctr. de actionibus Sect. II. cap. 2. §. 37. Jedoch behauptet LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 5. daß ein Usufructuar wegen der dem nutznießlichen Grundstück zustehenden Servituten gegen einen Dritten, der nicht der Proprietar ist, auch in eigenem Namen actione confessoria utili klagen könne.

50) *L. 2. pr. D. h. t.*

a) der Eigenthümer die Freyheit seines Grundstücks. — *actio negatoria directa*; oder

b) ein anderer Dinglichberechtigter stellt diese Klage an; z. B. der Pfandgläubiger, Superficiar. — *actio negatoria utilis* [51]).

Es ist nun jetzt noch von der *actio confessoria* und *negatoria* etwas ausführlicher zu handeln übrig [52]).

I. Die *actio confessoria* ist hier diejenige dingliche Klage, welche direct von dem wahren Eigenthümer, der seinem Grundstück das Recht der Dienstbarkeit auf des Beklagten Grundstück zueignet, utiliter aber auch von einem Pfandgläubiger, Emphyteuta, und Superficiar, gegen jeden angestellet wird, welcher dem Kläger die Servitut nicht zugesteht, oder ihn an deren Ausübung hindert, und auf Anerkennung der geklagten Servitut, Enthaltung aller fernern Stöhrung mittelst Bestellung einer Caution, und auf Ersatz der dadurch verursachten Schäden gehet.

II. Die

51) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 12. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 625. lit. C.

52) *Io. Frid.* KNORRE Considerat. inaug. de actione confessoria et negatoria. *Erfurd.* 1679. *Ferd. Aug.* HOMMEL Diss. de actione confessoria ex servitute, et negatoria ex libertate. *Lipsiae* 1721. *Henr. Christ.* SENCKENBERG Diss. cautelas circa actionem negatoriam exhibens. *Giessae* 1740. *Io. Frid.* REINHARDT Paradoxa circa actionem negatoriam, praes. *Andr. Flor.* RIVINO. *Vitemb.* 1746. und *Lud. Conr.* SCHROEDER Progr. de actione negatoria pro specie contravindicationis apud Rom. non habenda. *Marb.* 1750. besonders auch WESTPHAL Sect. III. cap. 32.

II. Die *actio negatoria*, welche in den Gesetzen auch actio *negativa* [53]), desgleichen actio contraria [54]) heißt, ist hingegen diejenige dingliche Klage, welche direct vom wahren Eigenthümer, utiliter aber auch von dessen Stellvertreter, nämlich vom Pfandgläubiger, desgleichen vom Emphyteuta und Superficiar wider denjenigen angestellet wird, der sich widerrechtlich eine Servitut auf des Klägers Grundstück anmaßt; und auf Anerkennung der Freyheit des angeblich dienstbaren Gutes, nicht minder auf Enthaltung der sich angemaßten Servitut, mittelst Leistung einer Caution, und Ersatz des zugefügten Schadens gehet.

Dies sind die wahren Begriffe, so wie sie uns Ulpian in der schon oben angeführten Stelle [55]) lehrt. Mehrere Rechtsgelehrten [56]) glauben indessen, daß die angegebenen Begriffe zwar dem heutigen Sprach- und Gerichtsgebrauche gemäß wären; allein die Römer hätten damit ganz andere Ideen verknüpft. Diese nämlich hätten dabey mehr auf die Klagformel gesehen, und die Vindication eines affirmativen Rechts, es betreffe nun eine Servitut, oder ein Recht der natürlichen Freyheit des Eigenthums, welches der Beklagte dem Kläger nicht gestatten will, *actio confessoria*; hingegen die Vindication eines negativen Rechts, das Verbie-

53) §. 2. *I. de actionib. L. 5. pr. D. Si usufr. petet.*

54) *L. 8. pr. D. h. t.*

55) *L. 2. pr. D. h. t.* Man sehe auch *Ant.* FABRI Conjectur. iur. civ. Lib. XX. cap. 13.

56) *I. H.* BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. 2. §. 40. not. p. REINHARDT Paradoxa circa actionem negator. §. 4. SCHROEDER cit. Progr. de actione negator. §. 4. §. 6. et §. 8. u. a. m.

tungsrecht entspringe aus dem Rechte des freyen Eigenthums, oder aus dem Rechte einer Servitut, *actio negatoria* genennt. Bey der erstern sey die Formel gebraucht worden: *aio, ius mihi esse ire, agere, aedificare, altius tollere aedes meas, tignum immittere in vicini aedes* etc. bey der letztern hingegen habe man sich der negativen Formel bedient: *aio, ius tibi non esse ire, agere, aquam ducere, altius tollere* etc. Auf diese Art lasse sich die schwierige Stelle in den Institutionen, §. 2 *de actionib.* welche schon bey einer andern Gelegenheit (S. 87.) wörtlich angeführt worden ist, leicht erklären, wenn nämlich daselbst die Formel: *aio, ius mihi esse altius aedes meas tollendi* zur actio confessoria, hingegen die Formel: *aio, ius non esse adversario altius tollendi* zur actio negatoria, gerechnet wird, und es sey nun nicht nöthig mit Bachov[57]), Vinnius[58]), und Thomasius[59]) den Kaiser Justinian, oder seinen Tribonian eines Irrthums zu beschuldigen, daß er die Vindication der natürlichen Freyheit höher zu bauen, für welche man jetzt die negatorische Klage giebt, eine actio *confessoria*; hingegen die Vindication der Servitus altius non tollendi, welche jetzt mit der confessorischen Klage geschieht, eine *actio negativa* genennt habe. Ulpian weiche auch nun in der oben angeführten Stelle *L.* 2. *pr. D. h. t.* von Tribonians Vorstellung gar nicht ab, ob er gleich zu den heutigen Begriffen Anlaß gegeben habe. Denn er rede bloß von affirmativen Servituten, *de quibus nobis actiones competunt ad exemplum earum, quae ad usumfructum* perti-

57) Commentar. ad §. 2. I. de action.

58) Commentar. ad eund. §. I. nr. 4.

59) Diss. de onere probandi in actione negatoria. §. 9.

pertinent. Nun habe freylich bey solchen Dienstbarkeiten, welche in einem Leiden bestehen, die *actio confessoria* immer eine Vindication des Dienstbarkeitsrechts, die *actio negatoria* hingegen eine Vindication der Freyheit des Eigenthums gegen fremde Anmassung einer Servitut zum Zweck, mithin sey bey jener die Formel der Klage affirmativ, bey dieser aber negativ gefaßt gewesen: *aio tibi ius non esse.* Allein, auch davon abgesehen, daß es schon an sich gar nicht wahrscheinlich ist, daß Justinian noch zu seinen Zeiten die Begriffe zweyer so practischer Klagen nach der bloßen Formel den Anfängern der Rechtswissenschaft gelehrt haben sollte; so leuchtet es in die Augen, daß man die Stelle in den Institutionen ganz unrecht verstanden habe. Man unterscheide mit Westphal [60]) ein doppeltes *ius altius tollendi*, das eine, welches mir vermöge der natürlichen Freyheit, das andere, welches mir vermöge einer constituirten Servitut zusteht. Von dem erstern ist hier keine Rede, wie ich an einem andern Orte [61]) gezeigt habe. Justinian redet also blos von dem letztern, also von der Servitus altius tollendi. Behaupte ich nun, daß mir diese Servitut zustehe; so ist die Klage, welche ich deswegen anstelle, die *actio confessoria.* Klagt hingegen mein Nachbar, daß mir dieses Recht nicht zustehe, so ist diese Klage die *actio negatoria* [62]). Auf die Formel kommt also gar nichts an, sie mag affirmativ oder negativ abgefaßt seyn, sondern

60) De lib. et servitut. praedior. §. 969. not. a. pag. 684.

61) Siehe oben S. 89.

62) Man vergleiche *Lud.* CHARONDAE Πειδαν. s. Verisimil. Lib. I. cap. 5. ad L. 15. D. de oper. novi nunciat. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. I. pag. 695.)

sondern auf den Zweck der Klage [63]). Z. B. Wenn ich behaupte, daß mir vermöge des Rechts des freyen Eigenthums die Befugniß zustehe, so hoch zu bauen, als ich will, und mein Nachbar will mir dieses nicht gestatten, weil er behauptet, daß ihm die Servitus altius non tollendi auf meinem Hause zustehe, so ist die Klage, die ich anstelle, die actio negatoria, wenn sie gleich affirmativ gefaßt ist. Klagt hingegen mein Nachbar, daß mir dieses Recht nicht zustehe, so ist die Klage die actio confessoria, wenn sie gleich negativ gefaßt ist [64]).

Der Unterschied zwischen der *actio confessoria* und *negatoria* besteht nun darin.

I) In Ansehung des Klägers. Dieser ist

a) bey der confessorischen Klage derjenige, welcher behauptet, daß dem Grundstück, welches er aus einen vollkommenen, oder bloßen Nutzungseigenthume, oder vermöge eines Pfandrechts besitzt, die geklagte Servitut zustehe [65]).

b) Bey

63) VINNIUS in Comm. ad §. 2. I. de action. nr. 3. und KNORRE in Diss. de actione conf. et negator. P. I. Membr. I. §. 43.

64) Mit Recht sagt daher THEOPHILUS in Paraphr. graec. Institution. Lib. IV. Tit. 6. §. 2. pag. 790. der Reitzischen Ausgabe: *Quandoque actionem, quae figura verborum, negatoria est, ipso effectu* (οὖν τῷ ἀποτελέσματι) *esse confessoriam, et contra confessoriam esse, figura verborum inspecta, quae vi ipsa sit negatoria.* S. *Io.* D'AVEZAN Servitut. libr. P. VII. (bey MEERMAN Tom. IV. pag. 199.)

65) Wenn *L.* 2. §. 1. *D. h. t.* sagt: Haec autem in rem *actio confessoria* nulli alii, quam *domino fundi*, competit. Servitutem enim

b) Bey der Negatorienklage hingegen ist derjenige Kläger, welcher behauptet, daß sein Grundstück von der Servitut frey sey, welche sich der Beklagte mit Unrecht darauf anmaßt.

Beyde Klagen haben das Eigene, daß sie Statt haben, wenn sich auch gleich der Kläger in dem Quasibesitz der geklagten Servitut, oder der behaupteten Freyheit des Grundstücks befindet [66]). Mehrere Eigenthümer klagen sowohl

enim nemo vindicare potest, quam is, qui *dominium in fundo* vicino habet, *cui servitutem* dicit deberi; so ist dies von der *actio confessoria directa* zu verstehen. Von der *actio utilis* handelt *L. 16. D. de servitut.* Ei, qui pignori fundum accepit, non est iniquum, utilem petitionem servitutis dari, sicuti ipsius fundi utilis petitio dabitur. Idem servari convenit et in eo, ad quem vectigalis fundus pertinet.

66) COCCEJI in iur. civ. controv. h. t. Qu. 1. giebt dies zwar bey der Negatorienklage zu, läugnet es aber bey der actione confessoria. Allein ohne allen Grund. Daß auch die letzte Klage Statt hat, ob sich gleich der Kläger in dem Quasibesitz des geklagten Dienstbarkeitsrechts befindet, lehren *L. 6. §. 1. L. 10. §. 1. in fin. L. 16. D. h. t.* Ja in dem §. 2. *I. de act.* wird sogar darin ein wichtiger Unterschied zwischen der Vindication körperlicher Sachen und der Vindication der Servituten gesetzt, daß erstere nur gegen den Besitzer Statt haben, letztere aber auch dem Besitzer selbst zustehen könne. Daß beym Usus-fructus die actio confessoria dem Besitzer zukommt, setzt die *L. 5. §. 7. D. Si usufr. petat.* außer allem Zweifel. Nun ist aber nach der *L. 2. pr. D. h. t.* die actio confessoria und negatoria; *ad exemplum earum actionum, quae ad usumfructum pertinent*, auf die Realservituten ausgedehnt worden. Man sehe D'AVEZAN Servit. libr. P. VII. pag. 200. und EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not. p. pag. 50.

sowohl wegen der Servitut, als wegen der Freyheit in solidum, weil das eine wie das andere ein untheilbares Recht ist. Dies hat die Folge, daß zwar das obsiegliche Urtheil, welches der eine erhalten hat, auch den übrigen zu statten kommt [67]); hingegen kann der Verlust des Prozesses, den der eine erlitten hat, den übrigen nicht schaden, die an dem Prozesse keinen Antheil genommen haben [68]).

II. In Ansehung des Beklagten. Dieser ist

a) bey der *actio confessoria* jeder, welcher die Ausübung der Servitut hindert, es mag der Eigenthümer des dienstbaren Gutes selbst, oder ein Anderer seyn [69]); und zwar findet die Klage nicht nur dann Statt, wenn der Beklagte dem Kläger das Recht der Dienstbarkeit streitig macht, sondern sie ist auch dann begründet, wenn der Beklagte

67) *L. 4. §. 3. D. h. t.* Si fundus, cui iter debetur, plurium sit; unicuique *in solidum* competit actio, sed in aestimationem id, quod interest, veniet; scilicet quod eius interest, qui experietur. Itaque de iure quidem ipso singuli experientur, *et victoria et aliis proderit.* Aestimatio autem ad id, quod eius interest, revocabitur.

68) Anderer Meinung sind zwar CUJACIUS ad L. 4. §. 3. D. h. t. und *Lud.* VITALIS Lection. variar. Lib. II. cap. 6. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* T. II. pag. 666.) Allein dieser Meinung stehen *L. 19. D. h. t. L. 74.* und *L. 155. D. de Reg. iur.* entgegen. Man sehe WESTPHAL de lib. et servit. praed. §. 972. not. 850. et §. 973. und KNORRE Diss. cit. P. I. Membr. I. §. 31.

69) *L. 10. §. 1. D. h. t.* und *L. 1. §. 25. D. de aqua quotid.* Verb. Nam et sic servitus *adversus quemcunque* posse vindicari. S. *Guil.* BESTII Ratio emendandi Leges. Cap. 24. §. 12.

Beklagte nur etwas unternimmt, oder verhindert, welches zur Ausübung der Servitut nothwendig ist[70]). Gehört das Eigenthum des dienenden Grundstücks mehreren zu, so kann gegen jeden in solidum geklagt werden[71]). Nur bey der Servitus oneris ferendi findet, wie bereits oben (S. 27.) bemerkt worden ist, die Ausnahme Statt, daß wegen der Refection jeder nur zu seinem Antheile haftet[72]).

b) Bey der Negatorienklage ist der Beklagte nicht nur derjenige, welcher sich eine ihm nicht zustehende Servitut auf des Klägers Grundstück anmaßt, sondern auch der kann mit dieser Klage belangt werden, welcher eine ihm wirklich zustehende Servitut weiter ausdehnt, als ihm zukommt[73]). Z. B. der Beklagte treibt mehr Vieh auf die Weide, als ihm nach dem Bedürfniß seines Gutes, und vermöge der Servitut erlaubt ist; oder er will den Kläger von dem Rechte der Mithut ausschließen; oder er legt mehr Balken in die dienstbare Wand, als ihm gestattet ist[74]).

Läßt

70) *L. 4. §. 5. D. h. t.* S. oben §. 666. S. 66.

71) *L. 4. §. 4. D. h. t.* Sed si duorum fundus sit, qui servit: *adversus unumquemque* ita poterit agi, et quisquis defendit, *solidum debet restituere*, quia divisionem haec res non recipit.

72) *L. 6. §. 4. D. h. t.*

73) *L. 14. D. h. t. L. 11. D. Quemadm. servitutes amitt. L. 22. §. 2. D. de Usu et habitat.* S. KNORRE Diss. cit. de act. confess. et negatoria. P. II. Membr. I. §. 17. et 18. und Schmidts theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. 2. Band §. 466. S. 265. f.

74) S. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 5.

Läßt sich der Beklagte nicht ein, so ist hier die Folge des Ungehorsams die, daß er aus dem Beklagten nun Kläger, und aus dem Besitzer nun Nichtbesitzer wird [75]). Ist demnach 1) die actio confessoria angestellet worden, und a) der Kläger im Besitz, so muß der Beklagte zur Strafe seines Ungehorsams Caution stellen, daß er nichts gegen das von dem Kläger behauptete Recht unternehmen wolle, ohne die actio negatoria angestellt zu haben. b) Ist hingegen der Beklagte im Besitz, und läßt sich nicht ein, so wird er aus dem Besitz gesetzt, das heißt, es wird ihm aufgegeben, binnen einer vorgeschriebenen Frist die negatoria anzustellen, und, wenn das nicht geschieht, das zu zerstören, was zum Nachtheil des Klägers geschehen ist. 2) Wenn hingegen bey der negatoria der Beklagte im Besitz ist, und läßt sich nicht ein, so muß derselbe Caution stellen, daß er den Kläger nicht in dem Gebrauche der natürlichen Freyheit; z. B. im Bauen, stöhren wolle. Merkwürdig sind folgende Stellen hierüber.

L. 15. *D. de operis novi nunciat.* Si, priusquam aedificatum esset, ageretur, ius vicino non esse aedes altius tollere, nec res ab eo defenderetur: partes iudicis non alias futuras fuisse ait, quam ut eum, cum quo ageretur, *cavere* iuberet, *non prius se aedificaturum, quam ultro egisset, ius sibi esse altius tollere.* Idemque e contrario, si cum quis agere vellet, ius sibi esse, invito adversario, altius tollere: eo non defendente, similiter, inquit, officio iudicis continebitur, *ut cavere adver-*

75) S. *Iac.* CUJACII Commentar. ad Africanum Tract. IX. ad L. 15. D. de oper. novi nunciat. und WESTPHAL de lib. et servitut. praedior. §. 986. et 987.

adverſarium iuberet, nec opus novum ſe nunciaturum, nec aedificanti vim facturum. Eaque ratione hactenus is, *qui rem non defenderet*, punietur, ut iure ſuo probare neceſſe haberet: id enim eſſe, *petitoris partes ſuſtinere.*

L. 45. *D. de damno inf.* Aedificatum habes: ago, *tibi ius non eſſe habere:* non defendis. *Ad me poſſeſſio transferenda eſt:* non quidem ut protinus deſtruatur opus, (iniquum enim eſt, demolitionem protinus fieri); *ſed ut id fiat, niſi intra certum tempus egeris, ius tibi eſſe aedificatum habere.*

III) In Abſicht auf das Geſuch geht

a) die *actio confeſſoria* dahin: zu erkennen, daß dem Grundſtücke des Klägers die behauptete Servitut zuſtehe, und daher der Beklagte ſchuldig ſey, ſich aller fernern Stöhrung zu enthalten, auch deshalb Caution zu leiſten, ſo wie nicht minder allen zugefügten Schaden zu erſetzen, und die etwa zum Nachtheil der Servitut gemachten Einrichtungen wieder aufzuheben *).

b) Bey der *actio negatoria* hingegen wird das Geſuch dahin gerichtet, zu erkennen, daß das Grundſtück des Klägers von der angemaßten Dienſtbarkeit des Beklagten frey ſey, oder, wenn der Kläger zwar nicht Eigenthümer iſt, aber doch ſonſt ein beſonders Intereſſe dabey hat, daß dem Beklagten die ſich angemaßte Servitut nicht zuſtehe, und daher derſelbe ſich aller ferneren Anmaßung zu enthalten, auch darüber Caution zu beſtellen, nicht minder allen zugefügten Schaden zu erſetzen, ſchuldig ſey.

L. 7.

*) *L.* 20. §. 2. *D. de Serv. praed. urb. L.* 5. *C. de Servitut.*

L. 7. D. h. t. ſagt: Harum actionum eventus hic eſt, ut victori officio iudicis aut *res* praeſtetur [76]), aut *cautio*. *Res ipſa* haec eſt, ut iubeat adverſarium iudex emendare vitium parietis, et idoneum praeſtare. *Cautio* haec eſt, ut eum iubeat de reficiendo pariete cavere: neque se, neque ſucceſſores ſuos prohibituros altius tollere, ſublatumque habere, et ſi caverit, abſolvetur. Si vero neque rem praeſtat, neque cautionem, tanti condemnet, quanti actor in litem iuraverit.

L. 4. §. 2. D. Si ſervit. vind. In confeſſoria actione, quae de ſervitute movetur, *fructus* etiam veniunt. Sed videamus, qui eſſe fructus ſervitutis poſſunt: et eſt verius, id demum *fructuum nomine* computandum, *ſi quid ſit, quod interſit agentis, ſervitute non prohiberi.* Sed et in negatoria actione (ut *Labeo* ait) *fructus* computantur, quanti intereſt petitoris, non uti fundi ſui itinere adverſarium. Et hanc ſententiam et *Pomponius* probat.

L. 6. §. 6. D. eodem. Veniunt et fructus in hac actione, id eſt, commodum, quod haberet, ſi onera eius vicinus ſuſtineret.

Welche

76) HOFACKER in Princip. iur. civ. T. II. §. 1145. erklärt die Worte: *res praeſtetur* von dem ungehinderten Gebrauche der Freyheit oder der Servitut. WESTPHAL §. 988. hingegen ſo, daß alles in den vorigen Stand geſetzt, auch aller Schade vergütet werde. Iſt noch nichts zum Nachtheil der Servitut oder Freyheit geſchehen, ſo bleibt es blos bey der Caution. Daher die Alternative. S. KNORRE cit. Diſſ. P. I. Membr. I. §. 25.

Welche Art der Caution hier zu leisten sey, ist streitig. Einige verstehen darunter eine Realcaution durch Bürgen oder Pfandgebung [77]). Allein in den Gesetzen wird blos der Caution schlechthin gedacht, ohne alle weitere Bestimmung, und darunter ist immer nur eine bloß promissorische Sicherheitsleistung zu verstehen [78]). Da nun das bloße Versprechen selten den erwünschten Erfolg hat, so ist es rathsamer, statt derselben, das Gesuch auf Androhung einer bestimmten Geldstrafe zu richten [79]). Auf Cautionsleistung kann jedoch auch der Richter von Amtswegen erkennen, wenn sie gleich von dem Kläger nicht gefordert worden ist [80]).

Aus allem ergiebt sich nun, daß es nur eine petitorische Klage giebt, die aus dem Rechte der Dienstbarkeit entspringt, nämlich die *actio confessoria*. Die Negatorienklage hingegen ist eine aus dem Eigenthumsrechte entspringende Vindication der Freyheit unsers Grundstücks, welche ihren Grund nicht sowohl, wie einige [81]) behaupten, in der natürlichen Freyheit, auch nicht, wie andere [82]) sagen, in

77) S. KNORRE cit. loc. §. 24.

78) *L. 3. C. de Verb. Signific.*

79) Z. B. daß Beklagter sich aller fernern Stöhrung bey 10—20 Thlr. Strafe zu enthalten schuldig. S. Schmidts Commentar 2. Bd. §. 464. u. §. 469.

80) S. KNORRE cit. Diss. P. I. Membr. I. §. 23. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 3.

81) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 11. BOEHMER Doctr. de action. Sect. II. Cap. II. §. 41.

82) Schmidts Lehrbuch von Klagen §. 466.

in der Verneinung der Dienstbarkeit, sondern vielmehr, wie Rivinus [83]) ganz richtig dargethan hat, in der Natur des Eigenthumsrechts hat, vermöge dessen der Eigenthümer seine Sache auf alle mögliche Art gebrauchen, und jedem verbieten kann, Etwas wider seinen Willen auf seinem Eigenthume zu unternehmen. Denn die natürliche Freyheit ist ja keine Gattung des dinglichen Rechts, sondern eine nothwendige Folge des Eigenthums, und die bloße Verneinung der Servitut an sich enthält auch noch keinen rechtlichen Grund, den Beklagten von der Ausübung der sich zugeeigneten Dienstbarkeit auszuschließen, weil es ein sehr unbündiger Schluß ist, der Kläger verneinet dem Beklagten die Servitut, also hat er auch ein Recht, ihm die Ausübung derselben zu verbieten. Nein, es muß noch ein stärkeres Fundament hinzutreten. Es ist also, wie Hugo [84]) ganz recht sagt, im Grunde die Eigenthumsklage, womit man die Freyheit des Eigenthums von einer Servitut behauptet.

Noch ist zu bemerken, daß es bey der Negatorienklage schon genüge, wenn das Grundstück des Klägers nur wenigstens von der Dienstbarkeit frey ist, welche sich der Beklagte darauf anmaßt, gesetzt auch, daß es einem andern Grundstück wirklich dienstbar seyn sollte [85]).

§. 686.

83) Paradoxa circa actionem negatoriam §. 9.

84) Lehrbuch der Pandecten §. 195.

85) *L. 4. §. 7. D. h. t.* WESTPHAL de lib. et servitut. praed. §. 1001.

§. 686.

Heutige Ausdehnung der actio confessoria und negatoria.

Heutzutage werden die gedachten beyden Klagen utiliter auch bey andern Rechten gebraucht, welche zwar keine römische Dienstbarkeiten sind, aber doch darin mit denselben eine Aehnlichkeit haben, daß sie entweder die natürliche Freyheit oder das gemeine Recht, oder ein sonst gleiches Recht des Andern einschränken oder aufheben. Daher die *actio confessoria utilis*, und die *actio negatoria utilis* im heutigen Sinn.

Die *actio confessoria utilis* wird nämlich von demjenigen angestellt, welcher, ausser dem Falle einer römischen Servitut, ein besonderes Recht zu haben behauptet, an dessen Ausübung er von dem Beklagten behindert wird.

Die *actio negatoria utilis* hingegen wird von demjenigen angestellt, der dem Beklagten das sich angemaßte besondere Recht streitig macht, und sich dagegen auf die natürliche Freyheit, oder das gemeine Recht, oder ein ihm zustehendes gleiches Recht beruft.

Unter einem besondern Rechte ist also hier ein solches Recht zu verstehen, welches von der natürlichen Freyheit, oder vom gemeinen Rechte, oder einem gleichen Rechte Anderer abweicht.

So ist z. B. in der natürlichen Freyheit gegründet, daß jeder sein Korn in einer Mühle mahlen lassen kann, in welcher er will. Behauptet nun aber der Besitzer einer gewissen Mühle, daß ihm ein Zwangsmühlenrecht zustehe, vermöge dessen die Bauern eines gewissen Dorfs ihr Ge-

traide in seiner Mühle mahlen lassen müßten; so klagt entweder der Müller gegen die Bauern, die ihm ein solches Zwangsrecht nicht zugestehen wollen, oder die Bauern treten klagend wider ihn auf. Jener stellt die *actio confessoria utilis*, diese stellen die *actio negatoria utilis* an. So ist es ferner gemeinen Rechtens, daß jeder Besitzer unbeweglicher Güter Steuern entrichten muß. Behauptet nun ein Gutsbesitzer, daß sein Grundstück steuerfrey sey, so klagt er gegen denjenigen, welcher ihm diese Immunität streitig macht, *actione confessoria utili*. Oder man setze, A habe das Privilegium erhalten, einen Gasthof anzulegen. B behauptet, hierüber ein früheres ausschließendes Privilegium erhalten zu haben. Hier klagt A *actione negatoria utili*, B hingegen *actione confessoria utili* [86]).

Das Gesuch bey der *actio confessoria utilis* geht dahin, zu erkennen, daß dem Kläger das besondere Recht zustehe, und daher Beklagter sich aller fernern Stöhrung bey 20 Thaler Strafe zu enthalten schuldig sey.

Das Gesuch bey der *actio negatoria utilis* hingegen geht dahin, zu erkennen, daß dem Beklagten das besondere Recht nicht zustehe, und daher derselbe den Kläger in dem Gebrauche der natürlichen Freyheit, oder des gemeinen, oder des ihm zustehenden gleichen Rechts bey 20 Thaler Strafe nicht behindere.

§. 687.

86) S. Schmidts Lehrbuch von Klagen §. 471 — 480. Schmidts Commentar 2. Bd. S. 273 — 282. und KNORRE cit. Diss. de act. confess. et negatoria. P. I. Membr. 2. et P. II. Membr. 2.

§. 687.

Von der Beweisführung bey diesen Klagen.

Soviel hiernächst den Beweis bey diesen Klagen anbetrifft, so ist zu unterscheiden. Es wird entweder

I. possessorisch geklagt, und dann gründet sich entweder

1) der Kläger darin, er befinde sich in dem Besitz der natürlichen Freyheit seines Grundstücks, und bittet, durch Erlassung eines Inhibitorii an den Beklagten, darin geschützt zu werden. Hier behaupten zwar viele Rechtsgelehrten [87]), daß der Kläger den angeführten Besitz der natürlichen Freyheit zu beweisen habe, weil bey dem Possessorium hierauf der Grund der Klage beruhe, und zwar die natürliche Freyheit eines Grundstücks an sich, aber nicht der Besitz derselben vermuthet werden könne. Allein nach der richtigern Meinung der meisten Rechtsgelehrten [88]) braucht der Kläger, welcher das possessorium summarium anstellt, nur den Besitz des Grundstücks selbst, auf welchem

87) BERGER Elect. processus possess. §. 10. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 274. LUDOLF Observat. for. Part. I. Obs. 18 und Struben rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 28.

88) HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. III. Obs. 484. BARTH Hodegeta for. Cap. V. §. 2. pag. 930. HERTIUS in Diss. de quasi possidente probante Sect. I. §. 6. (in *Opuscul.* Vol. I. Tom. III. pag. 206.) Ludovici Civilprozeß Cap. 2. §. 8. Gundlingiana Stück XXVIII. Nr. 3. §. 16. 17. et 18. von Cramer Wetzlarische Nebenstunden Th. 26. Nr. 4. und Photenhauer Abhandl. über das gerichtliche Verfahren in Sachen, welche den neuesten Besitz betreffen. §. 11. S. 41—44.

chem der Beklagte eine Servitut sich anmaßt, zu bescheinigen, wogegen der Beklagte sodann darthun muß, daß er ruhige, der behaupteten natürlichen Freyheit des Klägers zuwiderlaufende Handlungen für sich habe. Denn wenn gleich bey Anstellung des Possessoriums nicht die natürliche Freyheit selbst, sondern der Besitz und die wirkliche Behauptung derselben zum Grunde der Klage angenommen wird; so muß doch in dem Falle, da vom Kläger der Besitz des Grundstücks, auf welchem der Andere ein Recht sich angemaßt hat, bescheiniget worden ist, die wirkliche Behauptung der natürlichen Freyheit in Ansehung dieses Grundstücks so lange vermuthet werden, bis der Andere ruhige, der vom Kläger behaupteten natürlichen Freyheit zuwiderlaufende, Handlungen beygebracht hat. Oder

2) der Kläger gründet sich in dem Quasi-Besitz der behaupteten Servitut, oder eines andern besondern oder ausschließenden Rechts. Hier muß der Kläger den Beweis des behaupteten Besitzes übernehmen. Das Römische Recht erfordert zwar einen rechtmäßigen Besitz, welcher weder mit Gewalt, noch heimlich, noch durch ein precarium angefangen hat, wenn der Kläger durch das Interdictum *Uti possidetis* geschützt werden soll [89]). Allein bedient sich heut zu Tage der Kläger des possessorii summarii, so kommt es nur darauf an, ob der Kläger die jüngste ruhige Besitzhandlung für sich hat. Auf die Fehler des Besitzes wird keine Rücksicht genommen, wenn sie nicht sogleich aus den Acten liquid sind [90]).

II. Es

89) *L. 1. pr- et §. 5. L. 3. pr. D. Uti possidetis.* von Savigny Recht des Besitzes § 38. S. 412. f.

90) S. Pfotenhauers angef. Abhandlung §. 8.

II. Es wird petitorisch mit der *actio confessoria* oder *negatoria* geklagt. Der hier zu führende Beweis kann von zweyerley Art seyn. Er betrift entweder

A) blos die vorläufige Legitimation zur Sache, d. h. daß der Kläger zur Anstellung einer Klage von der Art befugt sey. Diesen Beweis muß allemal der Kläger führen. Nun klagt entweder

a) der Eigenthümer. Hier muß der Kläger, welcher behauptet, daß seinem Grundstück die geklagte Servitut zustehe, oder daß sein Grundstück von der angemaßten Servitut des Beklagten frey sey, wenn der letztere läugnet, daß dem Kläger das Grundstück gehöre, dessen Rechte er geltend machen will, vor allen Dingen das Eigenthum bescheinigen [91]). Kann er diesen Beweis nicht führen, so fällt auf seiner Seite alles Interesse, folglich auch alles Recht, der sich angemaßten Befugniß oder Handlung des Gegners zu widersprechen, weg, und er muß nothwendig dem Beklagten weichen, wenn dieser selbst auch nicht das mindeste Recht für sich hätte [92]). Da jedoch der Streit über das Eigenthumsrecht hier nur einen Incidentpunct ausmacht, so wird kein förmlicher und strenger Beweis, wie bey der Reivindication, erfordert, sondern es braucht blos das präsumtive Eigenthum bescheiniget zu werden, nämlich daß der Kläger das Grundstück durch einen solchen Titel, welcher an und für sich geschickt ist, das Eigenthums-

recht

91) *L. 2. §. 1. L. 6. §. 3. D. h. t. L. 16. D. de exception.*

92) *L. 5. pr. D. Si usufr. petet.* WESTPHAL *de servitut. praed.* §. 971.

recht zu übertragen, an sich gebracht habe [93]). Mehrere Rechtsgelehrten [94]) behaupten sogar, daß die bloße Bescheinigung des Besitzes des Grundstücks schon hinlänglich sey, weil der Besitz der Sache die rechtliche Vermuthung des Eigenthums begründe. Eine summarische Bescheinigung des Eigenthums halten sie nur dann für nöthig, wenn der Kläger gar nicht im Besitz des Grundstücks sich befindet, dessen Rechte er gleichwohl gerichtlich verfolgt. Allein wenn gleich der Besitzer im Streite über das Eigenthum den Vortheil hat, daß er mit dem Beweise der Rechtmäßigkeit seines Besitzes nicht beläſtiget werden darf; so tritt doch hier ein ganz anders Verhältniß ein, wo die praesumtio pro possessore nichts entscheiden kann. Es gilt hier der Legitimation zur Sache. Hierzu ist die bloße Bescheinigung des Besitzes nicht hinreichend. Denn der Beklagte muß gesichert seyn, daß er nicht vergeblich litigire, und in der Folge mit einem Andern aufs neue in einen Prozeß darüber gerathe, dem die exceptio rei iudicatae nicht

93) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CIX. Med. 1. et 2. WERNHER Observ. for. Tom. II. P. IX. Obs. 33. Schmidt Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen 2. Band §. 465.

94) BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 22. Not. 6. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 4. KNORRE Diss. de act. conf. et negatoria P. I. Membr. I. §. 34. Struben rechtliche Bedenken 4. Th. Bed. 105. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. Cap. II. §. 36. MENCKEN Introd. in doctr. de actionib. for. Sect. I. Cap. II. Membr. V. §. 8. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1143. WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. P. I. h. t. §. 3. u. a. m.

nicht entgegengesetzt werden kann. *Cum inter alios acta et iudicata aliis nec noceant, nec prosint.* Ist insonderheit von der Negatorienklage die Rede, und der Beklagte befindet sich im Besitz der behaupteten Servitut, so muß ihm an der Legitimation des Klägers um so mehr gelegen seyn, weil er, wenn der Kläger jene beyzubringen nicht vermag, schlechterdings von der Klage entbunden werden muß, gesetzt auch, daß er sich die Servitut wirklich mit Unrecht anmaße. *Quodsi enim, qui agit, dominus non est, quamvis reus ius servitutis non habeat, vincet tamen iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant* [95]) Aus diesen Gründen haben sich Leyser [96]), Rivinus [97]), und Carrach [98]) mit Recht der Meinung derjenigen entgegengesetzt, welche den bloßen Beweis des Besitzes zur Legitimation des Klägers für hinreichend halten wollen [99]); und auch neuere practische Rechtsgelehrten [100]) sind wenigstens darin einverstanden, daß den Beweis des Besitzes noch solche

95) *L. 5. pr. D. Si usufr. petet.*

96) Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CIX. medit. 3.

97) Paradoxa circa actionem negatoriam §. 16.

98) Adnotat. ad *Boehmeri* doctr. de actionib. Sec. II. cap. II. ad §. 36. not. g. pag. 141.

99) Man sehe noch WALCH Controv. iur. civ. Sect. IV. cap. I. §. 7. Schmidts pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden. 2. Bd. §. 465. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. Bd. §. 625. lit. D. S. 64.

100) KIND Quaest. for. Tom. II. cap. 64. WIESAND Opusc. iurid. Specim. VIII. §. 2. pag. 98. sq. HAUBOLD ad *Bergeri* Oeconom. iuris. Tom. I. pag. 350. not. b.

che Gründe unterstützen müßten, woraus sich das Eigenthumsrecht des Klägers an dem innehabenden Grundstück schließen läßt. Z. B. das Gut ist in dem Steuer-Catastrum auf des Klägers Namen eingetragen, der Kläger hat seither alle, sowohl ordentliche als ausserordentliche, Abgaben und Steuern davon entrichtet, und in eigenem Namen die Früchte gezogen.

b) Ist der Kläger zwar nicht Eigenthümer, aber doch, wegen eines ihm an dem Grundstück zustehenden dinglichen Rechts, zur Anstellung der actio confessoria oder negatoria utilis befugt; so muß er vorläufig bescheinigen, daß er in dem, zur Begründung dieser Klagen, erforderlichen Verhältniß zu der angeblich dienenden Sache wirklich stehe [1]).

B) Der Beweis in der Hauptsache betrift die Frage, ob dem Grundstück des Klägers die geklagte Servitut zustehe? oder ob des Klägers Grundstück von der angemaßten Servitut des Beklagten frey sey? Hier liegt demjenigen der Beweis ob, welcher sich die Servitut zuschreibt. Dies ist bey der *actio confessoria* der Kläger, bey der *negatoria* der Beklagte. Also muß bey der *actio confessoria* der Kläger, hingegen bey der *negatoria* der Beklagte beweisen, daß dem im Besitz habenden Grundstück die Servitut wirklich zustehe, und zwar muß dieser Beweis auf die Erwerbart gerichtet werden, wodurch man das Recht der Dienstbarkeit erlangt hat [2]). Daß bey der Negato-

1) S. THIBAUT Syst. des P. R. 2. Bd. §. 625. lit. D. S. 64.

2) KNORRE Diss. cit. P. I. Membr. I. §. 36. MENCKEN Introduct. in doctr. de action. for. Sect. I. Cap. II. Membr. V. §. 9 — 14.

Wie

gatorienklage der Kläger die Freyheit seines Eigenthums nicht zu beweisen braucht, versteht sich wohl von selbst. Denn ist das Eigenthum bewiesen, oder die Zuständigkeit desselben anerkannt, so folgt hieraus freye Ausübung dieses Eigenthums von selbst, und bedarf keines weitern Beweises. Es kann mithin der Beklagte dieselbe gar nicht abläugnen, ohne ein neues Factum anzuführen, wodurch die mit dem Eigenthume in der Regel cohärirende freye Ausübung desselben beschränkt worden sey. Eine rein negative Litiscontestation ist folglich, der entgegenstehenden Vermuthung wegen, völlig unstatthaft, und vielmehr jede auf den Erwerb einer Servitut gegründete Einschränkung der aus dem erwiesenen oder zugestandenen Eigenthume fließenden Befugniß freyer Ausübung desselben, stets als wahre Einrede zu betrachten, deren Beweis dann ohne Zweifel dem Beklagten lediglich obliegt [3]). So wahr und ausgemacht dieses ist, so sehr bestritten ist die Frage, ob nicht dem Kläger bey der negatorischen Klage wenigstens alsdann die Beweisführung obliege, wenn sich der Beklagte in dem Besitz der behaupteten Servitut befindet, und ob nicht dagegen auch bey der confessorischen Klage der Kläger von der Beweislast zu befreyen sey, wenn er zugleich

Wie die Beweisartikel zu formiren sind, zeigt BERGER in Oeconom. iuris Lib. II. Tit. III. Th. 22. not. 2. Man sehe auch CARRACH Adnotat. ad *Boehmeri* doctr. de action. pag. 142. ad v. *Probare debet.*

3) S. Pfeiffers vermischte Aufsätze über Gegenstände des teutschen und römischen Privatrechts. S. 207. und Ernst Christ. Gottl. Schneiders vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise in bürgerlichen Rechtssachen. 1. Th. §. 35.

zugleich Quasi-Possessor ist? Viele Rechtsgelehrten[4]) tragen kein Bedenken, diese Frage zu bejahen, und diese Meinung hat vorzüglich an Cocceji[5]), Pfeiffer[6]) und Weber[7]) eben so eifrige als geschickte Vertheidiger gefunden. Allein die entgegengesetzte Meinung, welche die Beweislast demjenigen auflegt, der sich die Servitut zueignet, auch wenn er in dem Besitz geschützt worden ist, hat seit Accursius bey weitem die meisten Anhänger[8]) gehabt, und nach ihr wird auch gewöhnlich in der Praxis gesprochen.

4) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 4. et II. de BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. III. Th. 22. Not. 8. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. § 5. et §. 12. WESTPHAL de libert. et servitut. praedior. §. 969. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1143. MALBLANC Dig. P. II. §. 439. *Wilh. Frid.* HOMBERGK *zu Vach* Diss. de concursu praesumtionum §. 47—49. Dabelow Handbuch des heutigen gemeinen röm. teutschen Privatrechts. 2. Th. 2. Abth. §. 1573. THIBAUT Syst. des P. R. 2. Bd. §. 625. u. a. m.

5) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 4.

6) Vermischte Aufsätze über Gegenstände des teuschen und röm. Privatrechts S. 207—222.

7) Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 3. Stück. Nr. 16.

8) Unter den neuern Rechtsgelehrten haben sich für diese Meinung vorzüglich erklärt Schmidt im Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden §. 470. WERNHER in lectissim. Commentat. in Pandect. h. t. §. 3. P. I. pag. 358. sq. WALCH Controv. iuris Sect. IV. Cap. I. §. 6. Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 195. Not. 2. (der 3. Aufl.) Schneider vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise 1. Abth. 1. Th. §. 35. und 2. Abth. Anmerk. XI. S. 434. f. von Savigny Recht des Besitzes 5. Abschn. §. 46. S. 501. ZACHARIAE in Libro Quaestion. Quaest.

chen [9]). Unter den neuern haben sich Kind [10]) und Hufeland [11]) am meisten angelegen seyn lassen, sie auch aus Gründen der Theorie zu vertheidigen. Die Gründe und Gegengründe beyder Partheyen hier nochmals darzustellen, scheint mir nach dem mühsamen Fleiße eines Hufelands überflüßig zu seyn. Auch die eigenen neuen Ansichten dieses Gelehrten sind schon vom Weber gründlich geprüft und gewürdiget worden. Ich will also nur noch meine Gedanken hinzufügen. Es ist, wie ich glaube, bey der Frage, wem bey den auf Servituten sich beziehenden petitorischen Klagen der Beweis in der Hauptsache obliege, folgender Unterschied zu machen.

1) Es ist die confessorische Klage angestellt. Hier muß unstreitig der Kläger beweisen, daß ihm die behauptete Servitut zustehe, er mag sich in dem Quasi-Besitz derselben befinden, oder nicht. Nicht nur die *L.* 10. *pr.*

Quaest. 16. pag. 119. sq. ZAUNER Introduct. in ius Digestor. P. II. Lib. III. Tit. 12. §. 4. pag. 124. und die Gebr. Overbeck in den Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 10. Band. Meditat. 545.

9) *de* CRAMER Observation. iuris univ. Tom. IV. Observ. 1161. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CIX. medit. 5. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 37. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. VI. Obs. 117. WERNHER Observat. for. T. I. P. I. Obs. 339. P. III. Obs. 168. und *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. I. Decis. 28. n. 10. sqq. et P. II. Decis. 71. nr. 5. sqq.

10) Quaestion. for. Tom. I. Cap. 105.

11) Revision der bekannten Streitfrage über die Beweislast bey der negatorischen Klage; in Dessen Beyträgen zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaften. 4. St. 10. Abh.

pr. D. h. t. sondern auch die *L.* 15. *D. de oper. novi nunciat.* in Verbindung mit *L.* 6. § 1. *D. h t.* beweisen deutlich, daß der Kläger, auch wenn er im Besitz ist, den Beweis übernehmen müsse, und nur durch den Ungehorsam des Beklagten dieses Beweises entlediget werde.

2) Es ist die negatorische Klage angestellt. Hier ist wieder zu unterscheiden

a) der Beklagte hatte das possessorium angestellt, und ist beym Quasi-Besitz der behaupteten Servitut rechtskräftig geschützt worden. Hier würde es höchst inconsequent seyn, wenn der geschützte Quasi-Possessor bey der wider ihn angestellten Negatorienklage beweisen sollte, daß die Befugniß, in deren Besitz er geschützt worden ist, ihm wirklich zustehe. Denn wer einmal im summarischen Besitzprozesse obtinirt hat, braucht nicht weiter zu beweisen, sondern bleibt fortwährend geschützt, bis der Gegner im ordentlichen Besitzprozesse, oder im petitorio ein besseres Recht ausgeführt hat [12]). Die Präsumtion der natürlichen Freyheit kann hier dem Kläger nicht mehr zu statten kommen. Denn diese lag schon beym possessorio seines Gegners vor. Ward nun dennoch nicht auf selbige Rücksicht genommen, sondern, derselben ungeachtet, der Gegner geschützt, so kann diese Präsumtion nicht weiter zur Sprache kommen, noch weniger aber derselben jetzt noch die Wirkung beygelegt werden, daß der Gegner, der ungeachtet jener Präsumtion geschützt ward, nunmehr doch noch den Gegenbeweis wider diese Präsumtion führen sollte.

Es

12) S. Pfotenhauers Abh. über das gerichtliche Verfahren in Sachen, welche den neuesten Besitz betreffen. §. 27.

Es lagen ja jener Präsumtion keine factischen, als illiquid in separato auszumachende, Thatsachen zum Grunde. Nein, sie ist von den Gesetzen selbst anerkannt, und nothwendige Folge des Eigenthums. Ward sie nun dennoch in dem possessorischen Prozeßverfahren nicht beachtet, so kann sie nun auch jetzt in petitorio in keine weitere Betrachtung kommen[13]). Gesetze, die das Gegentheil lehren, giebt es nicht. Denn die von Hufeland[14]) angeführte *L.* 5 *pr. D. Si usufr. petat.* gehört offenbar nicht hierher, da sie von dem Falle redet, wenn der Kläger das Eigenthum nicht zu bescheinigen vermag; unsere Frage hingegen gerade das Verhältniß des Quasi-Besitzers zum Eigenthümer betrifft. Das daraus hergeleitete argumentum a contrario ist auch von Weber[15]) mit Recht bestritten, und zur Genüge widerlegt worden. Eben so wenig kann uns der Einwurf treffen, daß man dem Kläger den Beweis einer Verneinung aufbürden würde, welcher nach der *L.* 23. *C. de probat.* per rerum naturam nicht Statt finde. Denn daß rechtlich genügende Beweise einer Verneinung allerdings sowohl directe als indirecte geführt werden können, läßt sich mit Grund nicht bezweifeln[16]). Das angeführte Gesetz ist auch gar nicht entgegen. Denn es redet nicht von dem, welcher etwas überhaupt verneinet,

13) Man vergleiche hier vorzüglich die Versuche über den Quasi-Besitz. Halle 1806. 8. Nr. VIII. §. 5. S. 149. ff.

14) In den angef. Beyträgen. 4. St. Nr. X. S. 53. ff.

15) Beyträge zur Lehre von Klagen und Einreden. 3. Stück. S. 131. ff.

16) Man sehe hier vorzüglich Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. VI. 10. S. 189. ff.

net, sondern vielmehr von dem, der eine gegen ihn angeführte Thatsache abläugnet [17]). Ob der Beweis leicht oder schwer zu führen sey, kann hier in keine Betrachtung kommen. Genug, der Kläger muß hier beweisen, daß dem Beklagten das Recht, in dessen Besitz er geschützt worden ist, nicht zustehe. Unmöglich ist dieser Beweis nicht, da sich ja allerdings ein fehlerhafter Besitz des Beklagten, oder ein Verlust der Servitut nach bekannten Rechtsgründen, beweisen läßt, auch die Eideszuschiebung dem Kläger unbenommen bleibt [18]).

b) Der Beklagte ist noch nicht in einem vorausgegangenen Possessorium bey seinem Besitz geschützt, sondern der Eigenthümer ist ihm mit der Negatorienklage zuvorgekommen. Hier muß der Beklagte das Recht der sich angemaßten Servitut beweisen. Denn wenn gleich daraus, daß Jemand ein Recht schon ausgeübt hat, eine Vermuthung entsteht, daß ihm ein solches Recht wohl zustehe, so kann doch diese Vermuthung nur da von Wirkung seyn, wo sie allein steht, oder mit einem schwächern Gegner, z. B. mit einem Nichteigenthümer collidirt, nicht aber da, wo sie mit einem stärkern Gegner, wie in Rücksicht auf den Eigenthümer, streitet. Denn ist das Eigenthum an sich gewiß, oder durch Beweis außer Streit gesetzt, so ist auch die Folge desselben, nämlich die Freyheit des Eigen-

17) S. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung VI. 12. S. 205. f. und Pfeiffer in den vermischten Aufsätzen. S. 211. ff.

18) S. Weber in den Beyträgen 3. St. S. 138. f. und des Ungenannten Versuche über den Quasi-Besitz Nr. VIII. §. 8. S. 161. ff.

genthums, zugleich mit bewiesen, und diese muß so lange angenommen werden, bis eine Beschränkung derselben, welche hier immer als Ausnahme erscheint, von dem Gegner erwiesen worden ist. Man wendet zwar ein, der Beklagte sey hier kein solcher Besitzer, der dem Kläger sein Eigenthumsrecht streitig macht, und sich die ganze Sache anmaßt, sondern behaupte nur für sich ein Recht, was mit dem Eigenthume des Klägers an sich gar wohl bestehen könne, ja was seiner Natur nach immer eine fremde Sache voraussetze. Es sey mithin kein Grund vorhanden, warum die Vermuthung für den Quasibesitzer eines Rechts ihrer Natur nach schwächer seyn müsse, als die Präsumtion für die natürliche Freyheit des Eigenthums. Man sagt weiter, die Gesetze hätten einmal die allgemeine Regel aufgestellt, daß in zweifelhaften Fällen immer für den Besitzer entscheiden werden solle. Von dieser Regel sey der Besitz unkörperlicher Sachen, oder so genannter Gerechtigkeiten keinesweges ausgenommen. Er müsse also eben die Vortheile gewähren, die der Besitz überhaupt mit sich bringt [19]). Allein dieser ganze Einwurf scheint mir eine noch gar nicht erwiesene Hypothese zum Grunde zu haben. Die Regel des Römischen Rechts, daß in zweifelhaften Fällen für den Besitzer gesprochen werden soll, beschränkt sich eigentlich nur auf den Besitz körperlicher Sachen. Denn nur bey körperlichen Sachen, wenn das Eigenthum nicht erhellet, ist es für beyde streitende Theile zweifelhaft, wer Eigenthümer sey. Nun haben zwar die Gesetze diese Regel auch auf unkörperliche Sachen, und namentlich auf Servituten erstreckt, jedoch nur gegen den dritten

19) S. Webers Beyträge a. a. O. S. 128. f.

Nichteigenthümer, wie aus *L. 5. pr. D. Si usufr. petat.* klar erhellet. Daß hingegen diese Erstreckung auch den Eigenthümer treffe, und auch gegen diesen die Präsumtion für den Quasibesitzer eines Rechts von Wirkung sey, ist unerweislich. Denn in Rücksicht des Eigenthümers kann nie ein Zweifel eintreten, ob sein Eigenthum frey sey oder nicht. Das dominium ist in der Regel immer volles und freyes Eigenthum. Ist also das Eigenthum bewiesen, so versteht sich freye Ausübung von selbst, weil sie eine nothwendige Folge des Eigenthums ist. Bey Rechten, die Jemand wider den Eigenthümer behauptet, tritt demnach immer nur in Rücksicht dessen ein Zweifel ein, der sich ein Recht anmaßt, ob ihm nämlich dieses Recht auf dem Grundstück des Eigenthümers wirklich zustehe, oder nicht. Er muß folglich um so mehr den Beweis übernehmen, da er eine Beschränkung des Eigenthumsrechts behauptet, und daher die Vermuthung gegen sich hat [20]). Es erhellet zugleich hieraus, daß die Gesetze [21]), welche den Beweis der persönlichen Freyheit demjenigen auflegen, gegen welchen ein Anderer sich in dem Besitz der herrschaftlichen Gewalt befindet, hier völlig unpassend sind, und mithin zur rechtlichen Entscheidung der vorliegenden Streitfrage durchaus keine Norm abgeben können. Denn daß hier ein ganz anders Rechtsverhältniß eintritt, wenn Jemand aus der Sklaverey seine Freyheit verfolgen will, als bey der Negatorienklage, hat schon Thomasius [22]) hinlänglich dargethan,

20) S. des Ungenannten Versuche über den Quasi-Besitz. Nr. VIII. §. 7. S. 158. ff.

21) *L. 7. §. 5. D. de liber. causa. L. 14. D. de probat.*

22) Diss. de onere probandi in actione negatoria. §. 31.

gethan, und Hufeland [23]) sehr gründlich erinnert, daß das ganze Argument schon darum nicht schließe, weil jede Dienstbarkeit immer eine fremde Sache, also insofern das einzuschränkende Recht eines Andern voraussetzt, dahingegen die Menschenknechtschaft immer eine eigenthümliche Sache zum Gegenstande hat. Uebrigens ist es wohl außer allem Zweifel, daß der Kläger bey der Negatorienklage alsdann den Beweis übernehmen müsse, wenn er einräumt, der Beklagte habe die Servitut wirklich gehabt, aber dagegen behauptet, er habe auf diese Verzicht gethan, oder die Servitut sey durch Verjährung erloschen, oder wenn er dem Beklagten die Servitut zugesteht, aber eine Einschränkung derselben in Ansehung der Art, oder der Zeit, oder des Orts behauptet, oder er habe ihm die Servitut auf seinem Grundstück zwar eingeräumt, aber auf eine wiederrufliche Art [24]).

23) Beyträge 4. Stück Nr. X. §. 6. S. 72.

24) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CIX. medit. 7. KIND Quaest. for. Tom. I. cap. 105. pag. 409. von Hymmen Beyträge zu der juriſt. Litteratur in den Preuß. Staaten 3. Samml. 1. Abſchn. Nr. IV. S. 36. ff. Schmidts Commentar über ſeines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden. 2. Band. §. 466. und Hufeland in den Beyträgen 4. Stück. Nr. X. §. 13. S. 90. ff.

Lib. VIII. Tit. VI.

Quemadmodum ſervitutes amittantur.

§. 688.

Verluſt der Prädialſervituten.

Dingliche Servituten können auf mancherley Art aufhören.

I. Durch gänzlichen Untergang des dienſtbaren oder herrſchenden Gutes. Wird jedoch das Grundſtück wieder hergeſtellt, ſo lebt die Dienſtbarkeit wieder auf, wenn gleich bis dahin eine ſo lange Zeit verfloſſen ſeyn ſollte, als zum Erlöſchen der Servitut hinreicht [25]). Eine bloße Veränderung des dienſtbaren Guts, bey welcher die Ausübung der Dienſtbarkeit immer noch möglich bleibt, hebt

25) *L.* 20. §. 2. *D. de Servit. praed. urban.* Siehe über dieſe Stelle *Ger.* NOODT de Uſufr. Lib. II. cap. 11. (*Oper.* Tom. I. pag. 468.) Beſonders *L. 14. D. h. t.* Si locus, per quem via, aut iter, aut actus debebatur, impetu fluminis occupatus eſſet, et intra tempus, quod ad amittendam ſervitutem ſufficit, alluvione facta, reſtitutus eſt: ſervitus quoque in priſtinum ſtatum reſtituitur. Quodſi id tempus praeterierit, ut ſervitus amittatur, renovare eam cogendus eſt. S. *Lud.* VITALIS Lection. variar. Lib. II. cap. 11. (in *Theſ. Otton.* Tom. II. pag. 672.) Es muß nur nicht etwa die Reſtitution an dem Eigenthümer des herrſchenden Gutes ſelbſt gelegen haben, und darüber die zur Erlöſchung der Servitut hinreichende Zeit verſtrichen ſeyn. S. VOET in Comm. h. t. §. 4.

hebt die Servitut nicht auf, weil sie sich mehr auf den Grund und Boden, als auf die Oberfläche bezieht[26]).

II. Durch Confusion, wenn beyde Grundstücke an einen Herrn kommen[27]). Hier tritt der Grundsatz ein: *nemini res sua servit.* Hört die Confusion wieder auf, so entsteht die Frage, ob die vorige Servitut wieder auflebe? **Simon van Leeuwen**[28]) trägt kein Bedenken, sie zu bejahen. **Wolfg. Ad. Schöpff**[29]) hingegen verneinet sie schlechthin. Allein es ist vielmehr mit **Voet**[30]) ein Unterschied zu machen, ob die Confusion durch Erwerbung eines blos temporären, oder eines beständigen Eigenthums eingetreten war. Nur in jenem Falle lebt die Servitut wieder auf, wenn die Confusion wieder aufhört[31]). Dieser Fall tritt ein, wenn einem Ehemanne ein ihm vorher dienstbar gewesenes Grundstück zum Brautschatz gegeben worden war, und solches nach getrennter Ehe restituirt wird; oder wenn ein Erbe ein ihm dienstbar gewesenes

26) *L. 13. pr. D. de servitut. praed. rustic.*

27) *L. 1. D. h. t.* Servitutes praediorum *confunduntur*, si idem utriusque praedii dominus esse coeperit. S. *Gebh. Christ.* BASTINELLER Diss. de confusione. *Vitemb. 1750.* §. 9. sqq.

28) Censur. for. iuris civ. Lib. II. cap. 14. nr. 7.

29) Diss. sist. decadem casuum de reviviscentia iurium. *Tüb. 1746.* Cas. IX.

30) Commentar. h. t. §. 3.

31) *L. 70. §. 1. D. de legat. I. L. 116. §. fin. D. eodem. L. 18. D. de servitut. L. 7. §. 1. D. de fundo dot. L. 73. §. 1. D. ad. SCtum Trebell. Fr.* DUARENUS ad L. 18. D. de Servitut. *Oper.* pag. 191. *Ge.* FRANTZKIUS Comm. ad Pand. h. t. nr. 14. und *Aem. Lud.* HOMBERGK zu Bach Diss. de reviviscentia iurium extinctor. *Marb. 1743.* §. 13.

Gut, oder ein solches, dem ein Grundstück des Erben dienstbar war, durch Erbschaftsantretung erhält, solches aber einem Andern unter einer Bedingung vermacht worden ist [32]). In dem andern Falle hingegen lebt die Servitut nicht wieder auf, wenn auch in der Folge die Confusion wieder aufhören sollte, wofern nicht die Servitut ausdrücklich vorbehalten worden ist. Z. B. wenn Jemand ein ihm bisher dienstbar gewesenes Grundstück kauft, und solches nach einiger Zeit wieder verkauft [33]). Ausnahmen finden jedoch statt, 1) wenn Jemand ein ihm dienstbar gewesenes Grundstück geerbt, die Erbschaft aber an einen Andern verkauft hat. In diesem Falle lebt die durch Confusion erloschen gewesene Servitut aus dem Grunde wieder auf, *quia*, wie **Pomponius** [34]) sagt, *id agitur, ut quasi tu heres videaris extitisse.* Eben dies geschieht, 2) wenn die Erbschaft durch die Inofficiositäts-Querel evincirt worden ist, weil hier die Erbschaft für nicht angetreten gehalten wird [35]), und folglich dem Testamentserben alle vorigen Rechte verbleiben [36]). Es wird übrigens bey der Confusion vorausgesetzt, daß sich dieselbe auf das ganze Grundstück erstrecke. Denn betrifft sie nur einen Theil des

32) S. LAUTERBACH Diss. de confusione. *Tüb. 1660.* §. 21. und *Ge. Frid.* KRAUSE Diss. de servitute reviviscente. *Vitemb. 1755.* §. 4—6.

33) *L. 30. pr. D. de servitut. praed. urban.* WERNHER Observ. for. T. II. P. VIII. Obs. 468. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 2. und KRAUSE cit. Diss. §. 3.

34) *L. 9. D. Commun. praed. L. 2. §. 18. et 19. D. de hered. vel act. vend.* VOET h. t. §. 3. KRAUSE cit. Diss. §. 5.

35) *L. 21. §. fin. D. de inoff. testam. L. 22. C. eod.*

36) S. LAUTERBACH Diss. de confusione §. 23.

des Guts, dem mein Grundstück, oder welches meinem Grundstücke dienstbar war, so dauert die Servitut auf dem übrigen fort [37]).

III. Durch Aufgebung und Entsagung, sofern alle Interessenten dabey einwilligen [38]). Eine solche Entsagung kann auch stillschweigend dadurch geschehen, wenn der Berechtigte dem Herrn des dienenden Guts ausdrücklich etwas erlaubt, was die Ausübung der Dienstbarkeit auf immer unmöglich macht [39]). Das bloße Nichtwidersprechen, oder stillschweigende Leiden einer solchen Handlung enthält jedoch noch keine Remission der Servitut [40]), sondern es geht dadurch nur der Quasibesitz verloren [41]). Der Berechtigte kann jedoch verlangen, daß alles wieder in den vorigen Stand gesetzt werde. Wäre indessen ein Gebäude errichtet worden, ohne die Vollendung desselben durch eine operis novi nunciatio zu hindern; so kann der Berechtigte zwar auf Entschädigung, wegen der vereitelten Servitut, aber nicht auf Abbrechung des Gebäudes kla-

gen

37) *L. 30. §. 1. D. de servit. praed. urb.*

38) *L. 14. § 1. D. de servitut. L. 34. pr. D. de servitut. praed. rustic.* WESTPHAL §. 876.

39) *L. 8. pr. D. h. t.*

40) *L. 5. D. de servitut. praed. urb.* Invitum autem in servitutibus accipere debemus, non eum, qui contradicit, sed eum, *qui non consentit.* Man vergleiche über diese Stelle vorzüglich *Ios. Lud. Ern.* PÜTTMANNI Varia iuris civ. capita. *Lipsiae 1766.* Cap. 3. und *Guil. a* TEISTERBANT Observation. et Emendation. libr. Cap. 33.

41) *L. 6. §. 1. D. Si servit. vindic.* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 3. besonders Höpfner im Commentar über die Institut. §. 368.

gen [42]). Uebrigens ist alle Remission streng zu erklären, und kann daher von der einen Servitut auf die andere nicht gezogen werden, wenn dem berechtigten Grundstück etwa mehrere Servituten zustehen sollten [43]).

IV. Wenn des Constituenten Eigenthumsrecht ex tunc widerrufen wird [44]). Es tritt hier die Regel ein: resoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis [45]).

§. 689. u. 690.

Fortsetzung.

V. Realdienstbarkeiten können auch durch Nichtgebrauch verloren gehen. Nach dem ältern Römischen Rechte war ein Nichtgebrauch von zwey Jahren hinreichend [46]). Allein Justinian verordnet *L.* 13. *Cod. de Servit.* daß alle Servituten durch den Nichtgebrauch in zehn Jahren unter Gegenwärtigen, und in zwanzig Jahren unter Abwesenden erlöschen sollen. Die Worte dieser Verordnung sind schon bey einer andern Gelegenheit [47]) vorgekommen. Ob aber dingliche Servituten durch bloßen Nichtgebrauch verlohren gehen, oder ob sie nicht von Seiten des Eigenthümers des dienstbaren Guts eine Usucapion der Freyheit erfordern, ist streitig. Viele [48]) behaupten das

42) *L.* 28. *D. Communi divid.* VOET in Comm. h. t. §. 5.

43) *L.* 21. *D. de servit. praed. urb.* *L.* 20. *pr. D. de serv. pr. rustic.* COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 4. WESTPHAL §. 875.

44) *L.* 11. §. 1. *D. h. t.* *L.* 105. *D. de condit. et demonstrat.* Ein Anders wäre, wenn die Servitut mit Einwilligung desjenigen constituirt worden ist, an welchen das Eigenthum zurückfällt. *L.* 9. *pr. et* §. 1. *et* 2. *D. de aqua pluv.* WESTPHAL §. 923.

45) S. den 8. Th. §. 577. S. 76. folgg.

46) PAULUS *Sentent. recept.* Lib. I. Tit. 17. §. 1. Servitus hauriendae aquae vel deducendae biennio omissa intercidit.

47) Siehe 9. Th. 2. Abth. S. 369.

48) WALCH Controv. iur. civ. Sect. II. Cap. III. §. 30. *Andr. Frid.* MALLINKROT Diss. de praescriptione servitutum extinctiva. *Ienae 1788.* HAUBOLD ad *Bergeri* Oecon. iuris Tom. I. pag. 354. not. k.

das erstere, und eben so viel[49]) das letztere. Allein nach der richtigern Meinung der meisten Rechtsgelehrten[50]) ist vielmehr ein Unterschied zu machen, ob von servitutibus praediorum urbanorum oder rusticorum die Frage ist. Bey den erstern ist der bloße Nichtgebrauch nicht hinreichend, sondern es muß damit auf Seiten des Eigenthümers des dienstbaren Gutes noch eine Usucapion der Freyheit verbunden seyn, wenn sie verloren gehen sollen. Diese Usucapion besteht bey negativen Servituten darin, daß der Herr des dienenden Grundstücks eine mit der Servitut streitende Handlung unternommen, und der Berechtigte sich dabey beruhiget habe. Z. B. mein Nachbar verbauet mir das Licht, da doch meinem Hause die Servitus ne luminibus officiatur zusteht, und ich habe diesen Bau geschehen lassen, ohne novum opus zu nunciiren. Die bloße Anpflanzung eines Baums auf dem dienstbaren Grundstück, wenn auch dadurch das Licht gehindert wird, ist zur Usucapion nicht hinreichend. Pomponius[51]) führt davon den Grund an: Quia non ita in suo statu et loco maneret arbor, quemadmodum paries, *propter modum naturalem arboris*[52]). Bey den affirmativen Dienstbar-

49) PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 188. RAVE de praescription. §. 109. Höpfner im Commentar über die Institut. §. 368. und Klein in den merkwürdigen Rechtssprüchen der Hallischen Juristen-Facultät. 2. Bd. Nr. VI. S. 89. ff.

50) *Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. XIX. cap. 9. *Hub.* GIPHANIUS Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. 2. C. de Servitut. pag. 177. *Lud.* VITALIS Lection. variar. Lib. II. c. II. nr. 3. *Rad.* FORNERIUS Rer. Quotidian. Lib. II. c. 12. (in OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 172.) VOET Comm. h. t. §. II. POTHIER Pand. Iust. T. I. h. t. Nr. IX. COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. et ad *Eundem* EMMINGHAUS not. h. *Wolfg. Ad.* SCHOEPFF Diss. de praescriptione servitut. extinctiva. *Tüb. 1716.* Cap. III. §. 15. WESTPHAL de Servit. praed. §. 1109. THIBAUT über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 57. u. 58. und KONOPAK Institution. des röm. Rechts §. 278.

51) *L. 7. D. de servitut. praed. urb.*

52) Die Worte *propter motum naturalem arboris* werden auf sehr verschiedene Art erklärt. Man sehe *Ev.* OTTONIS Praefat. ad Tom.

barkeiten hingegen besteht die Usucapion darin, daß der Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks die zur Ausübung der Servitut erforderlichen Anlagen zerstört, und sich dadurch in den Besitz der natürlichen Freyheit gesetzt habe. Hierher gehört die ganz entscheidende *L.* 6. *D. de Servitut. praed. urb.* wo Cajus sagt: Haec autem iura similiter, ut rusticorum quoque praediorum, certo tempore non utendo pereunt: nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, *si vicinus simul libertatem usucapiat:* veluti, si aedes tuae aedibus meis serviant, *ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur*, et ego per statutum tempus fenestras meas perfixas habuero, vel obstruxero: *ita demum ius meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris;* alioquin, si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item si *tigni immissi* aedes tuae *servitutem* debent, et ego exemero tignum, ita demum amitto ius meum, *si tu foramen, unde exemtum est tignum, obturaveris, et per constitutum tempus ita habueris:* alioquin, si nihil novi feceris, integrum ius meum permanet. So viel die Servitutes rusticas anbetrifft, so ist bey diesen, da sie zu ihrer Ausübung blos wiederholte Handlungen von Seiten des Berechtigten erfordern, schon der bloße Nichtgebrauch zu deren Verlust hinreichend. Dieser Unterschied, welcher in der Natur der Sache selbst gegründet ist, ist durch die *L.* 13. *C. de Servit.* keinesweges aufgehoben worden, da sich diese Verordnung offenbar nicht weiter, als auf die Zeitbestimmung erstreckt, welche beym Verlust aller Servituten durch Nichtgebrauch die nämliche seyn soll[53]). Ich muß hier noch folgendes bemerken.

1) Ich

Tom. II. *Thes. iur. Rom.* pag. 16. Die richtigste Erklärung giebt ohne Zweifel Ge. D'ARNAUD Vitae Scaevolar. Diss. postum. (*Traj. ad Rhen. 1767.* 8.) §. 41. wenn er sagt: *Intelligebat Mucius naturalem vegetationem arboris, quae cum identidem novis succis alitur, non eadem semper, sed nova esse censebatur, adeoque ad usucapionem, quemadmodum aedificium, prodesse non poterat.*

53) S. Gros Geschichte der Verjährung S. 79.

1) Zur Usucapion der Freiheit wird, wie zu jeder andern erwerbenden Verjährung, auf Seiten des Eigenthümers des dienstbaren Guts ein ununterbrochener Besitz [54]) und guter Glaube erfordert, letzter bestehe nun entweder in einer gänzlichen Unwissenheit der auf seinem Grundstück haftenden Servitut, oder in der Ueberredung, daß der Berechtigte dem dienstbaren Gute die Servitut erlassen habe [55]). Dahingegen kann bey der Aufhebung einer Servitut durch bloßen Nichtgebrauch von einer bona fides um deshalb keine Rede seyn, weil es hier nicht auf eine Handlung von Seiten desjenigen, dem das dienstbare Gut gehört, sondern blos auf eine Unterlassung von Seiten dessen ankommt, dem die Servitut zustand [56]).

2) Soll eine Prädial-Servitut durch Nichtgebrauch erlöschen, so muß der Nichtgebrauch a) freywillig, b) imputabel, und c) total gewesen seyn. Der Berechtigte muß also die Servitut weder selbst, noch durch andere ausgeübt haben, ohnerachtet es ihm nicht an Gelegenheit fehlte [57]).

3) Ist die Realservitut auf eine solche Art bestellet worden, daß sie nur ein Jahr um das andere, oder nur zu gewissen Zeiten im Jahre, z. B. nur im Sommer, oder blos im Winter, oder wohl gar nur alle drey Jahre einmal ausgeübt werden darf, so geht sie erst in 20 Jahren verloren [58]), ohne daß es hier weiter auf den Unterschied der Gegenwart und Abwesenheit ankommt [59].)

4) Wech-

54) *L.* 32. §. 1. *D. de servit. praed. urb.* VOET h. t. §. 8. Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 18. Gros Geschichte der Verjährung S. 61. f.

55) RAVE de praescript. §. 112. PUFENDORF Tom. III. Obs. 188. §. 39. HOFACKER Tom. II. §. 1109.

56) Gros Geschichte der Verjährung S. 63. f.

57) *L.* 5. *L.* 6. *L.* 12. *L.* 18. *L.* 20. 21. 22—24. *D. h. t.*

58) *L.* 7. *D. h. t. L. fin. C. de servitut.*

59) VOET in Comm. h. t. §. 7. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 3. et 4. Thibaut über Besitz und Verjährung S. 155. anderer Meinung sind *Pet. Franc.* LINGLOIS Quinquag. Decis. Iustin. Decis. VIII. Qu. I. nr. 8. pag. 77. und WESTPHAL §. 883.

4) Wechselt hingegen eine Servitut blos nach Tagen oder Stunden ab, so ändert dieser Umstand nichts in Absicht auf die Verjährungszeit [60]).

5) Hat man eine Realservitut nur zum Theil ausgeübt, so schadet dies der Servitut nicht, sie wird dadurch dennoch im Ganzen erhalten. Z. B. ich habe mich des Fuhrwegs blos zum Fußsteige bedient [61]). Hat hingegen

6) der Berechtigte die Servitut auf eine andere, als die bestimmte Art ausgeübt, so geht auch dadurch die Servitut verloren [62]). Indessen kann man die andere Art der Servitut, die man statt der wirklichen ausgeübt hat, durch Verjährung erwerben, wenn die Erfordernisse derselben vorhanden sind [63]).

VI. Durch Eintritt der Bedingung, oder des Zeitpuncts, von deren Eintritt ihr Ende abhängig gemacht war, endiget sich eine Realservitut in sofern, daß dem Berechtigten die exceptio doli oder pacti entgegen gesetzt werden kann, wenn er actione confessoria gegen den Eigenthümer des dienstbar gewesenen Gutes nach Ablauf der Zeit klagen wollte [64]).

60) *L. 7. D. h. t.* WESTPHAL §. 881.

61) *L. 18. D. de serv. praed. rust. L. 2. D. h. t.* WESTPHAL §. 888.

62) *L. 10. §. 1. D. h. t. L. 18. pr. D. eod. L. 17. pr. D. de aqua pluv.*

63) WESTPHAL §. 891.

64) *L. 4. D. de servit.* WESTPHAL §. 800. not. 716.

4) Wechselt hingegen eine Servitut blos nach Tagen oder Stunden ab, so ändert dieser Umstand nichts in Absicht auf die Verjährungszeit [60]).

5) Hat man eine Realservitut nur zum Theil ausgeübt, so schadet dies der Servitut nicht, sie wird dadurch dennoch im Ganzen erhalten. Z. B. ich habe mich des Fuhrwegs blos zum Fußsteige bedient [61]). Hat hingegen

6) der Berechtigte die Servitut auf eine andere, als die bestimmte Art ausgeübt, so geht auch dadurch die Servitut verloren [62]). Indessen kann man die andere Art der Servitut, die man statt der wirklichen ausgeübt hat, durch Verjährung erwerben, wenn die Erfordernisse derselben vorhanden sind [63]).

VI. Durch Eintritt der Bedingung, oder des Zeitpuncts, von deren Eintritt ihr Ende abhängig gemacht war, endiget sich eine Realservitut in sofern, daß dem Berechtigten die exceptio doli oder pacti entgegen gesetzt werden kann, wenn er actione confessoria gegen den Eigenthümer des dienstbar gewesenen Gutes nach Ablauf der Zeit klagen wollte [64]).

60) *L. 7. D. h. t.* WESTPHAL §. 881.

61) *L. 18. D. de serv. praed. rust. L. 2. D. h. t.* WESTPHAL §. 888.

62) *L. 10. §. 1. D. h. t. L. 18. pr. D. eod. L. 17. pr. D. de aqua pluv.*

63) WESTPHAL §. 891.

64) *L. 4. D. de servit.* WESTPHAL §. 800. not. 716.

4) Wechselt hingegen eine Servitut blos nach Tagen oder Stunden ab, so ändert dieser Umstand nichts in Absicht auf die Verjährungszeit [60]).

5) Hat man eine Realservitut nur zum Theil ausgeübt, so schadet dies der Servitut nicht, sie wird dadurch dennoch im Ganzen erhalten. Z. B. ich habe mich des Fuhrwegs blos zum Fußsteige bedient [61]). Hat hingegen

6) der Berechtigte die Servitut auf eine andere, als die bestimmte Art ausgeübt, so geht auch dadurch die Servitut verloren [62]). Indessen kann man die andere Art der Servitut, die man statt der wirklichen ausgeübt hat, durch Verjährung erwerben, wenn die Erfordernisse derselben vorhanden sind [63]).

VI. Durch Eintritt der Bedingung, oder des Zeitpuncts, von deren Eintritt ihr Ende abhängig gemacht war, endiget sich eine Realservitut in sofern, daß dem Berechtigten die exceptio doli oder pacti entgegen gesetzt werden kann, wenn er actione confessoria gegen den Eigenthümer des dienstbar gewesenen Gutes nach Ablauf der Zeit klagen wollte [64]).

60) *L. 7. D. h. t.* WESTPHAL §. 881.

61) *L. 18. D. de serv. praed. rust. L. 2. D. h. t.* WESTPHAL §. 888.

62) *L. 10. §. 1. D. h. t. L. 18. pr. D. eod. L. 17. pr. D. de aqua pluv.*

63) WESTPHAL §. 891.

64) *L. 4. D. de servit.* WESTPHAL §. 800. not. 716.

4) Wechselt hingegen eine Servitut blos nach Tagen oder Stunden ab, so ändert dieser Umstand nichts in Absicht auf die Verjährungszeit [60]).

5) Hat man eine Realservitut nur zum Theil ausgeübt, so schadet dies der Servitut nicht, sie wird dadurch dennoch im Ganzen erhalten. Z. B. ich habe mich des Fuhrwegs blos zum Fußsteige bedient [61]). Hat hingegen

6) der Berechtigte die Servitut auf eine andere, als die bestimmte Art ausgeübt, so geht auch dadurch die Servitut verloren [62]). Indessen kann man die andere Art der Servitut, die man statt der wirklichen ausgeübt hat, durch Verjährung erwerben, wenn die Erfordernisse derselben vorhanden sind [63]).

VI. Durch Eintritt der Bedingung, oder des Zeitpuncts, von deren Eintritt ihr Ende abhängig gemacht war, endiget sich eine Realservitut in sofern, daß dem Berechtigten die exceptio doli oder pacti entgegen gesetzt werden kann, wenn er actione confessoria gegen den Eigenthümer des dienstbar gewesenen Gutes nach Ablauf der Zeit klagen wollte [64]).

60) *L. 7. D. h. t.* WESTPHAL §. 881.

61) *L. 18. D. de serv. praed. rust. L. 2. D. h. t.* WESTPHAL §. 888.

62) *L. 10. §. 1. D. h. t. L. 18. pr. D. eod. L. 17. pr. D. de aqua pluv.*

63) WESTPHAL §. 891.

64) *L. 4. D. de servit.* WESTPHAL §. 800. not. 716.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Hellfeld, Johann August, 1717-1782 / Mühlenbruch, Christian Friedrich, 1785-1843

Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar für meine Zuhörer

Bd.: 10,1

Erlangen (1808)

J.rom.c. 137-10,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565391-1
VD18 90223829